أولياء عقد النكاح عند المذاهب الإسلامية

حمودي حسن عباس الصيقل




بسم الله الرحمن الرحیم

اولياء عقدالنكاح عندالمذاهب الاسلامية

كاتب:

حمودى حسن عباس الصيقل

نشرت فى الطباعة:

جامعة المصطفى (صلى الله عليه وآله) العالمية

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

اولیاء عقدالنکاح عندالمذاهب الاسلامیه

اشاره

سرشناسه:صیقل، حمودی حسن عباس، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور:اولیاء عقدالنکاح عندالمذاهب الاسلامیه/ حمودی حسن عباس الصیقل.

مشخصات نشر:قم: مرکزالمصطفی(ص) العالمی للترجمه والنشر، ۱۴۳۳ ق.= ۱۳۹۰.

مشخصات ظاهری:۲۸۰ ص.

فروست:معاونیهالتحقیق؛ ۳۰۶.

شابک:۴۰۰۰۰ ریال:۹۷۸-۹۶۴-۱۹۵-۵۱۵-۳

وضعیت فهرست نویسی:فاپا

یادداشت:عربی.

یادداشت:کتابنامه: ص. [۲۶۹]- ۲۸۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.

موضوع:زناشویی (اسلام)

رده بندی کنگره:BP۲۵۳/۲/ص۹الف۸ ۱۳۹۰

رده بندی دیویی:۲۹۷/۶۴۲

شماره کتابشناسی ملی:۲۵۳۶۴۲۰

ص :۱

اشاره

سرشناسه: صیقل، حمودی حسن عباس، ۱۳۴۲

عنوان و نام پدیدآور: اولیاء عقدالنکاح عندالمذاهب الإسلامیه/ حمودی حسن عباس الصیقل.

مشخصات نشر: قم: مرکز المصطفی صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر، ۱۴۳۲ ق. ۱۳۹۰.

مشخصات ظاهری: ۲۸۰ ص.

شابک: ۳-۵۱۵-۱۹۵-۹۶۴-۹۷۸

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: عربی

موضوع: زناشویی (اسلام)

رده بندی کنگره: ۱۳۹۰ ۸ الف ۹ ص/۲۵۳/۲ BP

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۶۴۲

شماره کتاب شناسی ملی: ۲۵۳۶۴۲۰

أولیاء عقد النکاح عند المذاهب الإسلامیّه

المؤلف: حمودی حسن عبّاس الصیقل

الطّبعه الأولی: ۱۴۳۳ق / ۱۳۹۰ش

النّاشر: مرکز المصطفی صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر

المطبعه: فاضل السّعر: ۴۰۰۰۰ ریال عدد النّسخ: ۲۰۰۰ نسخه

التوزیع:

قم، استداره الشهداء، شارع الحجتیّه، معرض مرکز المصطفی صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر. هاتف - الفکس: ۰۲۵۱۷۷۳۰۵۱۷

قم، شارع محمّد الأمین، تقاطع سالاریّه، معرض مرکز المصطفی صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر. هاتف: ۲۵۱۲۱۳۳۱۰۶ فکس: ۰۲۵۱۲۱۳۳۱۴۶

www.eshop.miup.ir www.miup.ir

root@miup.ir E-mail: admin@miup.ir

کلمه الناشر

(الْحَمْدُ لِلّهِ الَّذِی أَنْزَلَ عَلی عَبْدِهِ الْکِتابَ وَ لَمْ یَجْعَلْ لَهُ عِوَجاً) والصلوه والسلام علی النبیّ الأمین محمّد صلی الله علیه و آله وآله الهداه المهدیین وعترته المنتجبین و اللعن الدائم علی أعدائهم أعداء الدین.

لقد شهدت علوم الدین مدی أربعه عشر قرناً علی طیله تاریخها العلمی المشرف مستویً من التغیّر المستمرّ فی الحرکه إلی الأمام علی صعید الثقافه والحضاره الإسلامیه فأوجد تطوّراً منهجیّاً فی العلوم الرئیسه المختصّه بالشریعه ک- : الفقه الاسلامی وعلم الکلام والفلسفه والأخلاق... وتبعاً لهذا الجانب ترک التطوّر انطباعا موازیاً بیّنا فی العلوم الأدواتیه ک- : المنطق وعلم الرجال والحقوق... .

وفی ضوء انتصار الثوره الإسلامیه الإیرانیه المعظّمه وحدثها الداعی إلی رؤیه دینیه حدیثه فی نطاق الحکم بغضون القرن الداعی إلی الانفلات من ظلّ الدین والأیدیولوجیه الدینیه وما یعرض فی مسرح أحداثه من تطوّر فی مسار نظریّات العلاقات الدولیه أو تصاعد الأسئله المعرفیّه المتعلّقه بمفهوم الوجود ومستلزماته الشاغله لذهن الإنسان الحاضر وکذلک ما حصل من توسّع لدی علم الوجود الإنسانی فی ظلّ الأحداث والمتغیرات المعنیه بهذا الجانب؛ جعلت المفکّر الإسلامی فی أعلی مستوی من المسؤولیه أکثر ممّا سلف خاصّه فی الدول الإسلامیه التی باتت فی محاوله ضروریه

ص:۵

لمواجهه الشعارات الخوّاء فی عصر العولمه فی ضوء التدقيق والملاحظه والنقد البنّاء لاجتياح أیّ فقره يخشی أن تسبّب مشكلات فی مقتبل الأيام.

ومن هذا المنطلق يتطلّب الصعيد الحوزوی النيّر لضروره الوقوف علی آخر المستجدّات الفكريه فی حقولها المتعدّده والاستعانه بضروب من التحقيق العلمی الرصين بمعايير عالميه حيّه لتوظّف فی نطاق الدين والشريعه للإجابه علی المتطلّبات العصريه والمنطلق الداعی إلی التكامل و التعالی فی ظلّ الدين والتزام نظامه فی العلم والحياه من جهه أخری حيث يتطلّب الأمر من الحوزه العلميه مسؤوليه وضع حدّ لردع الجانب العولمی وتبعاته المنحطّه علی الإنسان بلحاظه العام.

وقد كانت رؤيه التصدّی لهذا الأمر فی عنايه من مؤسسی الحوزه العلميه هذه الشجره الطيبه الذی (أَصْلُها ثابِتٌ وَ فَرْعُها فِی السَّماءِ) ، سيّما الإمام الخمينی رحمه الله الراحل وقائده المبجّل الإمام السيّد علی الخامنئی دام ظله الوارف فی الوقت الراهن.

وقد سعت جامعه المصطفی صلی الله عليه و آله العالميه فی ضوء ما تقدم لنيل النجاح فقامت بإرساء مركز المصطفی صلی الله عليه و آله العالمی للترجمه والنشر حيث تكفّل بنشر نتاج هذا الجانب العلمی الهامّ.

وإنّ هذا الدراسه أولياء عقد النكاح عند المذاهب الإسلاميّه جاءت بجهود فضيله الأستاذ حمودی حسن عبّاس الصيقل متوافقه مع نسق الرؤيه السائده المتّبعه وهذه الأهداف الساميه.

كما ندعو أصحاب الفضيله والاختصاص بما لديهم من آراء بنّاءه وخبرات علميه ومنهجيه عصريه بالمساهمه معنا والمشاركه فی نشر علوم أهل البيت عليهم السلام .

وختاما ليس لنا إلّا تقديم الشكر الجزيل لكافّه المساهمين الكرام بجهودهم الخاصّه بإعداد الكتاب للطباعه والنشر.

مركز المصطفی صلی الله عليه و آله العالمی للترجمه والنشر

الفهرس

المقدّمه

اشاره

إنَّ من المباحث التی لها أهمیتها العلمیّه والعملیّه هو بحث (الولایه فی عقد النکاح)، فإنّه لا یزال بحاجه إلی إشباع وتحقیق أکثر؛ ولذا فقد اتجهت إلی بحثها احساساً منّی بضروره ذلک وکونه مورداً لمرضاه الله عزّ وجلّ وخدمه لدینه الحنیف، وکثره ما یبتلی به الفرد والمجتمع، وما یسأل عنه وحاجه کل مسلم للتعرف علی ما یتعلّق به من أحکام، فقد حاولت أن أقدّم بحثاً محرّراً منسّقاً یجمع شتات الموضوع، بغیه أن یجمع شعث کلّیاته ویعقد الأواصر بین مسائله وجزئیاته وینظمها فی عِقد واحد بیّن المعالم واضح القَسَمات.

ولتوضیح أهمّ ما شرّعه الإسلام - فیما یتصل بالمرأه - وإنّه قرّر أهلیتها الاجتماعیّه والأسریّه ومدی احترام إرادتها وحریّه التعبیر عما فی نفسها، وإنَّ إرادتها معتبره فی أمر نکاحها ومستقبلها.

وأکّد علی الرجال وجوب الوفاء بها، فإذا ما بلغت وحسن تصرفها زالت عنها ولایه أبیها، وغدت أحقّ بنفسها فیما تقبل أوتردّ بشأن من جاء یطلب الزواج منها، ولیس للولیّ أوغیره أن یجبرها علی قبول من لا تریده، أو یمنعها من أن تتزوّج من رضیته ممّن یکافئها إذا کان صاحب خلق أو دین، وقد منحها الله تعالی هذا الحقّ

وهو حريه التعبير عن هذه المسأله المهمّه فى حياتها.

كما أنّ الشريعه الإسلاميّه قد خصّت المرأه بكثيرٍ من الأحكام الشرعيه التى تضمن حفظ جميع حقوقها وصيانه كرامتها.

ولهذا جاءت نصوص الكتاب والسنّه بمشروعيّه الولايه فى عقد النكاح وجعلت لها ضوابط تضمن تحقيق مصلحه المرأه وعدم انتقاص شىء من حقوقها. وممّا يزيد فى أهميّه هذه المسأله ما نسمعه من الحوادث الكثيره التى تستغل فيها هذه الولايه فى غير ما شرعت له، وما يحصل من تجاوز من بعض الأولياء لضوابط هذه الولايه، ممّا يسبب فشل كثيرمن المتزوّجين، والذى يؤدى إمّا إلى الفراق، أو إلى حياه مليئه بالمشاكل، لا تتحقّق فيها السعاده الزوجيّه، ممّا يعود بالآثار السيئه على الأسره، بل على المجتمع بأسره، ومن أجل دفع هذه المفاسد وجلب المصالح، فإنّه ينبغى للأولياء أن يقوموا بهذه الولايه خير قيام، وأن تكون غايتهم تحقيق مصالح المرأه الدينيه والدنيويه ما أمكن ذلك، وألّا يكون هدفهم تحقيق مصالحهم الذاتيه كما يفعل البعض، حيث يستغلّ ما تتصف به المرأه من براءه وحسن نيه، فيزوجها من ليس كفؤاً لا ـ فى دينه ولا ـ فى خلقه، إمّا لأجل عصبيه أو حميّه جاهليه، أو لأجل مال، أو لغير ذلك من الأغراض الدنيئه، أو يستغلّ ضعف المرأه، فيكرهها على الزواج ممّن لا تريده أو يخجّلها حتّى تقبل الزواج منه، أو يعضلها ويمنعها من الزواج بمن يكون كفؤاً لها لعداوهٍ أو غرضٍ حتّى تقبل بمن يختاره حسب أهوائه ورغباته، وهذا ممّا لا يرضاه الإسلام بأىّ نحو كان.

وفى إزاء هولاء الذين أفرطوا فى ظلم من ولّاهم الله عليهن أناس فرّطوا فى القيام بهذه الولايه فتركوا أمر قبول الخاطب أو ردَّه إلى من ليس له هذه الصلاحيّه فمن رضوه به زوجوه، وإن كان غير كفء، دون أن يسألوا عن حاله، غير مهتمين بمستقبل أولادهم وفلذه أكبادهم. وهذا كثيراً ما يؤدى إلى تزويج من لا ـ يرضى دينه وخلقه؛ لأن المرأه غالباً تخدع بمعسول الكلام والمظاهر البراقه. فينبغى للولىّ أن يهتم بمعرفه

حال الخاطب فلا يزوّج موليَّتَه إلّا ممّن يعلم أنّه كفء لها.

كما أن من الأولياء من يزوّج موليَّته من يعلم أنّه ليس كفؤاً لها فى دينه ولا ـ فى خلقه فيزوّجها من رجل معلن الفسق، وهذا بلا شک خيانه وجرم؛ لأنّ الزوجه تتأثر غالباً بأخلاق الزوج.

لقد تعرّض الكثير من الفقهاء والعلماء الشيعه والسنه لهذه المسئله وهى: (أولياء عقد النكاح)، منهم: الشيخ المفيد وقد تناول المسأله فى المقنعه وأحكام النساء، والسيّد المرتضى فى الانتصار، والشيخ الطوسى فى الخلاف والمبسوط، والعلّامه الحُلّى فى تذكره الفقهاء، والمحقق الكركى فى جامع المقاصد، والشهيد الثانى فى المسالک، كما كتب المتأخرون من الفقهاء المسأله حيث تناول الشيخ الأنصارى فى كتاب النكاح، والشيخ الجواهرى فى جواهر الكلام، والسيّد الحكيم فى المستمسک، والسيّد الخوئى فى مصباح الفقاهه، والسيّد الخمينى فى تحرير الوسيله، وغيرهم.

وكلّ من بحث هذه المسأله لم يبحثها على شكل مستقل، وإنّما بحثها ضمن المباحث الكلّيه.

كما تعرّض فقهاء السنه إلى هذه المسأله منهم: ابن رشد الحفيد فى بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، ومحى الدين النووى فى روضه الطالبين، وأحمد مرتضى فى شرح الأزهار، ومحمّد بن الشربينى فى مغنى المحتاج، والبهوتى فى كشف القناع، والمناوى فى فيض القدير شرح جامع الصغير، وغيرهم. وكلّ من تعرّض للمسأله بحثها ضمن كتاب النكاح بكلّياته، ولم يتعرّضوا لها إلّا بشكل جزئى، ولم يفردوا لها بحثاً مستقلاً ولا مقارناً.

ثمّ إنّى لم أجد الطريق أمامى ممَّهداً - كما صوَّره لى البعض - وإنَّما وجدته يحتاج إلى خبره بمسالكه، وعزم على تجشّم صعابه، وكلّها ممّا يقصر دونها عزمى، وتقلّ بها

معرفتی، ولکن علی العامل بذل جهده، وصدق توکّله، وعلی الله العون.

وکان الهدف من وراء هذا البحث جمله من الأمور منها:

۱. التعرّف علی أدوات البحث العلمی وکتابته بصوره علمیّه فنیّه تطبیقیّه صحیحه تابعه للمقاییس والقواعد المذکوره فی هذا المجال.

۲. الوصول إلی حکم المسأله عند الشیعه الإمامیّه والمذاهب الأخری عن طریق استعمال طرق البحث الصحیحه وبصوره موضوعیّه بعیده عن التعصّب.

۳. أن یکون بحثاً ومرجعاً لمن یکتب فی هذا الموضوع، وفی خدمه المکتبه الإسلامیّه وروادها.

۴. بیان الأدلّه من الفریقین والسعی إلی التقریب بین المذاهب الإسلامیّه.

منهج البحث وخطته

اعتمدت فی بیان وطرح المسئله علی المنهج العلمی المرکب من التوصیف والتحلیل الدقیق، وبصوره مبسطه فی سبیل الکشف عن القوّه المبنائیّه فی مسیره الآراء الفقهیّه عند علماء الإمامیّه، وإن لم نأخذها علی نحو الدّقه والاستدلال التفصیلی فی المبانی فی جمیع أبعادها؛ لأنّ ذلک یخرج البحث عن إطاره الإجمالی، وکان غرضنا التبسیط إضافه إلی أن ما تناولناه فی هذا الموضوع المقارن بین المسائل الفتوائیّه دون المقارنه فی مقام الاستدلال الفقهی؛ لأجل أن لا ـ نخرج عن البحث الموضوعی فی مجال المقارنه بین المسائل الفتوائیه دون المقارنه فی المجال الاستدلالی.

هذا مع أنّا قد أشرنا إلی المسائل المهمّه فی هذا الباب، وما تقوم علیه رکیزه المذاهب الإسلامیّه من القواعد وما یرتکز علیه مذهب أهل البیت علیهم السلام .

وقد التزمت فی هذا البحث بالمنهج التالی:

أوّلًا: اعتماد القوّه المبنائیه فی مسیره الآراء الفقهیّه عند علماء الإمامیّه والمذاهب

الأربعه عنـد جمهور أهل السنّه. ومع هذا، فإنّنى ذكرت بعض أقوال أهل الظاهر وغيرهم من العلماء المشـهورين عندهم إذا كان قولهم ممّا اشتهر عندهم.

ثانياً: بيان مدلول عناوين مباحثه من حيث اللغه، والشرع أو الاصطلاح.

ثالثاً: إذا كانت المسأله محلَّ اتّفاق فأذكر أظهر أدلّتها وتوجيهاً مختصراً لها مع ذكر عمده مصادرها.

وأمّا إن كانت محل خلاف، فأحرِّر موضع الخلاف أوَّلًا، ثمّ أذكر الأقوال فيها إجمالًا، ثمّ أتبعها بالتفصيل بذكر كلِّ قول وعزوه لقائله من مختلف المذاهب، ثمّ دليل كلّ قول ومناقشه كلّ دليل – حين يوجد ما يدعو إلى المناقشه – ثمّ بيان الرَّاجِح فى خاتمه تلك المسأله ما أمكن.

رابعاً: العمـده فى عزو كـلّ قول وتوجيهه هو الكتب المعتبره عنـد الإمـاميّه والمـذاهب الأخرى، ثمّ الكتب المساعـده والتفسير وشروح الحديث، محاولاً قدر الإمكان اختيار أحسنها توجيهاً وتحريراً.

خامساً: توثيق الأدلّه – ما أمكن – فإنّ كان الدليل من الكتاب العزيز، فهو غنى عن التوثيق، فيقع البحث فى دلالته لا فى ثبوته، وإنّما أذكر اسم السوره ورقم الآيه للأمن من تحريفها، ولسهوله الرجوع إليها.

وأمّا إن كان الدليل من الأحاديث التى صدرت من النبى صلى الله عليه و آله والأئمّه من أهل البيت عليهم السلام ، فقد التزمت فيها بتوثيق نسبه الحديث إلى من خرّجه من أصحابها من الكتب المعتبره، فأرجو أن يكون قد تمّ على أحسن حال، وكان عملى فيه على النحو التالى:

أ) استيفاء تخريج الحديث إذا ورد للاستدلال أصاله؛ وأمّا إن كان ورود الحديث استشهاداً أو استطراداً فأكتفى بما يدلّ على ثبوته مع الإحاله على تخريجه فى كتب التخريج المعروفه، إن وجد فيها.

ب) الرجوع إلى المصدر الأصلی لعزوه إلیه بدون واسطه، إن أمکن.

ج) أذکر فی حواشی الکتاب اسم الکتاب، ثمّ الجزء والصفحه لسهوله مراجعته حین تختلف الأجزاء والصفحات، لاختلاف طبعاتها.

د) حاولت – قدر الإمکان – إبداء رأیی فی صحّه الإسناد، أو ضعفه.

ختاماً فأسأل الله تعالی أن أکون قد وفقّت تقدیم بحث موضوعی قائم علی أسس البحث العلمی الصحیحه، وأن یتقبّله منّی وأن یجعله فی میزان حسناتی: (یَوْمَ لا یَنْفَعُ مالٌ وَ لا بَنُونَ* إِلاّ مَنْ أَتَی اللّهَ بِقَلْبٍ سَلِیمٍ) . (۱)

ولا یفوتنی أن أقدّم الشکر والتقدیر والعرفان الجمیل لذوی الفضل والإحسان من علماء أجلّاء، حیث کانت لهم أیاد بیض لم تبخل علی هذه الرساله بلمَسَات صدق وإحسان، فتحسّست منها مواطن ضعف فقوّته، وخطأ فأصلحته، وأخص منهم بالذکر فضیله الدکتور سماحه الشیخ أحمد المبلغی الذی أشرف علی هذه الرساله منذ أوّل لحظاتها، وفی مختلف أطوارها، وفضیله الدکتور سماحه الشیخ محمود العیدانی المشاور الذی أفادنا کثیراً، وأمدّنا بعلمه وتوجیهه وخبرته الطویله حتّی بلغت الرساله غایتها. کما أتقدم بالشکر والتقدیر لمرکز المصطفی صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر للجهود والمساعی المضنیه التی بذلت لإخراج هذا الکتاب بحله منقحه محققه، مستهدفه بذلک الخدمه الصادقه، للإسلام والمسلمین، آملین من الله جلّ وعلا أن یشدّ فی عضدهم فی نشر الکتب التی یمکنها أن تلعب دوراً حساساً وهامّاً لخدمه الدّین الحنیف، إنّه خیر ناصر ومعین، فجزاهم الله عنی خیر الجزاء، والحمد لله أوّلاً وآخراً. والصلاه والسلام علی نبینا محمّد وعلی آله الطیّبین الطاهرین.

۱- (۱) . الشعرا: ۸۹-۸۸.

الفصل الأوّل: مباحث تمهيديّه

اشاره

ص:۱۹

المبحث الأوّل: معنى الولى فى اللغه والاصطلاح

أوّلاً: تعريف الوليّ لغهً

الوليّ لغه هو: الأولى والأحق بالتصرف والتدبير، وهذا ما ذكره غير واحد من أعلام اللغه، ومنهم الجوهرى حيث قال: وكلّ من ولى أمر واحد فهو وليه. (۱)

وقال لبيد (۲):

فغَدَتْ كلا الفرجين، تحسب أنَّه مولى المخافه خلفها وأمامها

فيريد: أنّه أولى موضع أن تكون فيه الحرب. (۳)

وقال المبرّد حول صفات الله تعالى: أصل الوليّ الذى هو أولى أى: أحق بالتصرف.

ص:۲۱

۱- (۱) . صحاح اللغه: ۲۵۲۹/۶.

۲- (۲) . أبو عقيل، لبيد بن ربيعه بن مالك بن جعفر بن كلاب العامرى، وكان يقال لأبيه: ربيع المقترين لسخائه، وكان من شعراء الجاهليه وفرسانهم، وأدرك الإسلام، وقدِم على رسول الله صلى الله عليه و آله فى وفد بنى كلاب، فأسلموا، ورجعوا إلى بلادهم، ثمّ قدم لبيد الكوفه، ومات بها فى خلافه معاويه، وهو ابن مائه وسبع وخمسين سنه.

۳- (۳) . لسان العرب: ۴۱۰/۱۵.

والشیخ الطبرسی:

الولیّ هو الذی یلی تدبیر الأمر، فیقال: فلان ولیّ المرأه إذا کان یملک تدبیر نکاحها، وولیّ الدم من کان إلیه المطالبه بالقود، أو السلطان ولیّ أمر الرعیّه.

ویقال: لمن یرشحه لخلافته علیهم بعده ولیّ عهد المسلمین. (۱)

وقال الکمیت فی مدح الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام :

و نعم ولی الأمر بعد ولیه ومنتجع التقوی ونعم المؤدب

وقال الزجاج:

وولیّ الیتیم الذی یلی أمره ویقوم بکفایته، وولیّ المرأه الذی یلی عقد النکاح علیها ولایدعها تستبد بعقد النکاح دونه.

وفی الحدیث: «أیّما امرأه نکحت بغیر إذن مولاها فنکاحها باطل».

ورواه بعضهم: بغیر إذن ولیها؛ لأنهما، أی: المولی والولی - فی معنی واحد...

وکلّ من ولیّ أمراً أو قام به فهو مولاه وولیّه. (۲)

وقال ابن الأثیر:

فی أسماء الله تعالی (الولیّ) هو الناصر، وقیل: المتولی لأمور العالم والخلائق والقائم بها. ثمّ قال: وکلّ من ولی أمراً أو قام به، فهو مولاه وولیه. وقال: «أیّما امرأه نکِحت بغیر إذن مولاها فنکاحها باطل». وفی روایه: «ولیّها» - أی: متولی أمرها. (۳)

یلاحظ من خلال هذه التعریفات إنَّها ترکّز علی معنی واحد، وهو: أنّ الولیّ لیس إلّا الأولی بالشیء، والأحق بالتصرف فیه، وهو حقیقه فی هذا المعنی. والولی، وإن کان یستعمل فی مکان آخر کالمحب والناصر، لکن لا یمکن إراده غیرالأولی بالتصرف والتدبیر، وهو حقیقه فی هذا المعنی، ولم یطلق لفظ المولی علی المعانی المذکوره إلّا بمناسبه هذا المعنی.

۱- (۱) . مجمع البیان: ۳۵۹/۳.

۲- (۲) . انظر: لسان العرب: ۴۰۷/۱۵.

۳- (۳) . النهایه فی غریب الحدیث: ۲۲۹/۵.

فالمعتِق أولى بالإنعام على من أعتقه من غيره، والمعتَق أولى بشكر معتِقِه والخضوع بالطاعه، وولاء العتق أيضاً يكون ولائه لمعتِقه كأنَّه أولى به من غيره، إذا لم يكن للمعتق وارث نسب.

والعبد أولى بالانقياد لمولاه من غيره، والجار أولى بالقيام بحفظ حقوق الجار كلّها من غيره، وابن العمّ أولى بالاتحاد والمناصره لابن عمه؛ لأنَّهما غصنا شجرهٍ واحدهٍ وهلمَّ جرّا.

إذاً: ليس للمولى إلّا معنى واحد، وهو الأولى بالشيء وتصدق هذه الأولويّه على مصاديق متعدّده مختلفه بحسب الاستعمال فى كلّ مورد من موارده.

ثانياً: تعريف الوليّ اصطلاحاً

هو من له سلطه فى إلزام الغير وتنفيذ القول عليه، شاء ذلك الغير أم أبى.

قال السيّد المرتضى: «الولى هو الذى يملك الولايه للعقد». (۱)

وبهذا المعنى ذكر السيّد الصدر، حيث قال:

أنَّ الوليّ هو الذى له سلطه أو تخويل شرعى لعمل معين بالنسبه إلى غيره بغض النظر عن رضا الآخر، وهذا معناه أنّه لا يمكن أن يأتى به لولا الولايه.

وهذا المعنى يعم الوليّ العام والولى الخاص كالولايه على الأوقاف والأيتام بعد فقد الوصى عليهم، ومنه: وليّ الدم أوولى المقتول إذا كان له المطالبه بالقصاص أو الديه أو العفو. وفلان وليّ المرأه إذا كان أولى بالعقد عليها فالذى يلى تدبير الأمر يقال له وليّ. (۲)

أما علماء السنه ذكروا فى معنى الولى هو إقامه الغير مقام النفس فى تصرف جائز معلوم، بمعنى قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر فى تدبير شؤونه الشخصيه والماليه.

۱- (۱) . الانتصار: ۲۸۶.

۲- (۲) . ماوراء الفقه: ۳۱۳/۹.

قال الجصّاص: «الولی هو الذی یستحقّ الولایه علی من یلی علیه». (۱)

وفی خصوص الولایه فی النکاح ذکر الطحاوی قائلًا:

إنَّ الولیّ هو الذی إلیه ولایه البضع من والد الصغیره أو مولی الأمه. (۲)

والـذی یلاحظ من التعریف الاصـطلاحی للولیّ عنـد علماء الشـیعه وعلماء السـنه أن له معنی واحداً، وهو نفس المعنی اللغوی - أی: الأولی بالتصرف والأحقّ فی أمر المولی علیه.

وقـد أخذ فی کلّ معانی الولایه أن یکون المولّی علیه قاصـراً، ولا ولایه علی غیر القاصـر سواء فی ذلک الولایه العامّه والخاصّه؛ لأن المجتمع ککلّ یعتبر قاصراً عن تدبیر المصالح العامّه التی لا ترتبط بالأفراد. فمن هنا کانت الولایه العامّه.

وأمّا الولایه الخاصّه، فهی قـد تکون علی أفراد قاصـرین، وهـم الصـغیر والسـفیه والمجنون ویشترکون جمیعاً فی عدم الرشد، وقد تکون علی مرافق محدّده من المجتمع کالأوقاف والمساجد والحسیّات والمستشفیات، وما شابه ذلک.

۱- (۱) . أحکام القرآن: ۴۸۷/۱.

۲- (۲) . شرح معانی الآثار: ۱۰/۳.

المبحث الثانی: أقسام الولایه

اشاره

قد اتّضح ممّا مضی أنّ المراد بالولیّ فی اللغه هو: الأولی بالشیء، وفی الإصطلاح هو من له التصرّف والسلطه والتدبیر من مباشره العقود وترتیب آثارها علیها دون توقف علی رضا غیره، وتنقسم الولایه بهذا المعنی إلی:

۱. ولایه عامّه. ۲. ولایه خاصّه.

۱- الولایه العامّه

وهی عباره عن سلطه شرعیّه تمکّن صاحبها من التصرّف الصحیح النافذ فی شأن من شؤون المجتمع العامّه، کالقضاء وإقامه الحدود، کما تشمل کلّ ما تتقوّم به حیاه المجتمع، کالأمور الحسبیّه وغیرها.

فهی للفقیه والحاکم الشرعی، فله ولایه عامَّه لکونها تعمّ أفراد المجتمع، وهم أشخاص غیر معینین.

وجاء فی بحث المیرزا النائینی قدس سره :

الولایه العامّه عباره عن: الرئاسه علی الناس فی أمور دینهم ودنیاهم ومعاشهم ومعادهم. (۱)

۱- (۱) . المکاسب والبیع: ۳۳۲/۲.

فهی تشمل القضاء وإقامه الحدود، والولایه علی القاصرین، کما تشمل کلّ ما تتقوّم به حیاه المجتمع کالأمور الحسبیه وغیرها.

وقد وقع الخلاف بین الأعلام فی ثبوت الولایه العامّه للفقیه فی عصر غیبه الإمام المهدی عجل الله تعالی فرجه الشریف من جهه السعه والضیق، ومرجع الخلاف فی ثبوت الولایه العامّه للفقیه إلی الخلاف المجعول له، هل هو وظیفه القضاه أو أنّه منصوب لوظیفه الولاه؟

فإن ثبت کونه والیاً، فیجوز له التصدی لِکُلِّ ما هو من وظائف الولاه من نظم البلاد، وانتظام أمور العباد، وسد الثغور، والجهاد مع الأعداء، ونحو ذلک ممّا یرجع إلی وظیفه الولاه والأمراء.

وأمّا وظیفه القضاه، فعباره عن: قطع الخصومات وحبس الممتنع وجبره علی أداء ما علیه والحجر علیه فی التصرّف فی أمواله إذا کان دینا مستغرقاً ومباشره بیع أمواله إذا امتنع هو بنفسه عن بیعها، ونحو ذلک ممّا هو من شؤون القضاه.

وکان هذان المنصبان فی عصر النبی صلی الله علیه و آله والإمام أمیر المؤمنین علی بن أبی طالب علیه السلام ، بل فی عصر الخلفاء الثلاثه لطائفتین، فی کلّ بلد أو صقع کان الوالی غیر القاضی، فصنف کان منصوباً لخصوص القضاء والإفتاء، وصنف کان منصوباً لإجراء الحدود ونظم البلاد والنظر فی مصالح المسلمین.

نعم، اتّفق إعطاء کلتا الوظیفتین لشخص واحد لأهلیّته لهما، إلّا أنَّ الغالب اختلاف الوالی والقاضی، ولا إشکال فی ثبوت منصب القضاء والإفتاء للفقیه فی عصر الغیبه، وهکذا ما یکون من توابع القضاء، کأخذ المدعی به من المحکوم علیه، وحبس الغریم المماطل، والتصرّف فی بعض الأمور الحسبیه، کحفظ مال الغائب والصغیر، ونحو ذلک. (۱)

وقد ذکر الشیخ الآملی رحمه الله فی تقریرات أستاذه النائینی رحمه الله قائلاً:

۱- (۱) . انظر منیه الطالب: ۳۲۵/۱.

أنَّ العمده فیما یدل علی هذا القول، وهوالولایه العامّه ما ورد عن أبی عبد الله علیه السلام فی مقبوله عمر بن حنظله:

من کان منکم ممّن قد روی حدیثنا، ونظر فی حلالنا وحرامنا، وعرف أحکامنا فلیرضوا به حکماً، فإنّی قد جعلته علیکم حاکماً، فإذا حکم بحکمنا فلم یقبل منه، فإنما بحکم الله استخف وعلینا ردّ، والراد علی الله فهو علی حد الشرک بالله.

ونلاحظ أنّه علیه السلام قال: «فإنّی جعلته علیکم حاکماً»، فإنَّ الحکومه بإطلاقها تشمل کلتا الوظیفتین. بل لا یبعد ظهور لفظ الحاکم فیمن یتصدی لما هو وظیفه الولاه، ولا ینافیه کون مورد الروایه مسئله القضاء، فإن خصوصیّه المورد لا توجب تخصیص العموم فی الجواب. وبالجمله فروایه ابن حنظله أحسن ما یتمسک به لإثبات الولایه العامّه للفقیه، وما عداه فلا یدلّ علی هذا المدّعی بشیء. (۱)

۲– الولایه الخاصّه

اشاره

هی التی یملک بها الولی التصرّف فی شأن من الشؤون الخاصّه للأشخاص المعینین، کولایه الأب والجدّ علی الصغار، أو بتسلیط من الأصل بنیابه عنه، کالوصی والقیم ومتولی الوقف، ولو أختصت الوصیه بجهه خاصّه من أمر الصغیر مثلاً ـ فهو ولی علیه بخصوصه فی خصوص تلک الجهه التی ولّی علیه فیها.

وذکر الشیخ کاشف الغطاء:

الولایه الخاصّه هی ولایه الإنسان علی ماله وأطفاله وعیاله، وسائر شؤونه الخاصّه فی مقابلها الولایه العامّه کولایه الحاکم والوالیّ، بل والسلطان، نعم، هولاء حسب الولایه العامّه لهم سلطه علی الأفراد، ولکن فی دائره محدوده تعود أیضاً إلی شؤون المصالح العامّه، ومثل ذلک ولایه الولی علی القصّر. (۲)

۱– (۱) . محمّد تقی الآملی، المکاسب والبیع: ۳۳۶/۲.

۲– (۲) . تحریر المجله: ۴۱/۱.

الولايه الخاصّه أقوى من الولايه العامّه

وإذا إجتمعت الولايه العامّه والولايه الخاصّه قدّمت الولايه الخاصّه، للقاعده الفقهيّه التی تقول: الولایه الخاصّه أقوى من الولايه العامّه. (١)

وأظهر مثال لهذه القاعده ولايه الإنسان على نفسه وماله وأطفاله وعياله وسائر شؤونه الخاصّه، مثلًا: إذا وجد للمرأه وليّ خاص، وولی عام كالحاكم الشرعی، يقدّم الوليّ الخاصّ على الحاكم؛ لأن الولايه الخاصّه أقوى وللنصوص (٢) الدالّه على تقديم الأب والجدّ على كلِّ أحد، وكذا ولايه الملك التی تعتبر من الولايه الخاصّه أقوى من الكلّ؛ وذلك لأنَّ الناس مسلطون على أموالهم. (٣) ومثل ذلك ولايه الوليّ على الصغير، فإنَّها مقدمه على ولايه القاضی والحاكم ونحوهما. فمع وجود الوليّ الخاصّ لا ينفذ بيع الحاكم مال الصغير ولا تزويجه، ومثل ذلك وليّ الوقف، فإنه مقدم على من لهم الولايه العامّه، نعم، للولی العام أن يعزل وليّ الوقف فی ظروف خاصّه كالخيانه ونحوها.

انقسام الولايه باعتبار موضوعها

اشاره

وتنقسم الولايه باعتبار موضوعها إلى:

١. ولايه على النفس. ٢. ولايه على المال.

١- الولايه على النفس

هی عباره عمّا يتعلّق بالتصرف الصحيح النافذ فی الشؤون الخاصّه بنفس المُولَّى عليه، والإشراف على مصالحه من حضانته وتربيته وتزويجه، وتتنوع إلى:

١- (١) . المصدر السابق: ٤٢/١؛ الأشباه والنظائر: ٢٨٧.

٢- (٢) . الكافی: ٣٩٥/٥، ح: ٥٨.

٣- (٣) . انظر: عوالی اللئالی: ١٣٨/٢، ح٣٨٣.

أ) ولايه الحضانه: وهی ولايه علی الحفظ والرعايه، وتدبير شؤون المُولَّی عليه منذ الولاده إلی سن التميز.

ب) ولايه التزويج: فالولی علی النفس يتولّی تزويج المولی عليه - بناء علی ما أعطاه الشرع من صلاحيه ذلک - وحق التصرّف فيه.

وولايه التزويج قد تكون ولايه إجبار - أی: للولی حقّ التصرّف فی زواج من هو فی ولايته دون النظر إلی رغبته وإرادته - ويكون العقد نافذاً؛ وذلک إذا كان المولَّی عليه فاقد الأهليه كالصبی غير المميّز أو المجنون، أو ناقصها كالصبی المميّز، وكان الولی ممّن له ولايه الإجبار كالأب علی ابنته الصغيره.

وقد تكون ولايه اختيار - أی: ليس للولی إجبار موليّته علی الزواج - بل تراعی رغبتها، وينظر إلی إرادتها، حتّی يتم التزويج بإذنها ورضاها.

۲- الولايه علی المال

وهی سلطه شرعيّه تمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرّفات الخاصّه بالمال وتنفيذها، ويشمل كلّ ما يتعلق بأموال المولی عليه من حقوقه علی الغير، وحقوق الغير عليه، فيلزم الولیّ حفظ مال موليّه من الضياع والهلاک، والعمل علی تنميته واستثماره بالأوجه المشروعه، كما يلزم الإنفاق من هذا المال علی صاحبه، وعلی من تلزمه نفقته بالمعروف فی طعام أو كسوه أوتعليم مراعياً فی ذلک أوجه الإنفاق المشروعه من غير إسراف ولا تقتير.

كما يجب عليه أن يكون أميناً فی التصرّف فی مال موليّه غير مفسد إلی أن يسلّم إليه ماله عند انتهاء الولايه عليه.

وقد تجتمع الولايه علی النفس والمال لشخصٍ واحد كالأب علی ولده الصغير.

أكمل الولايات

ثمَّ إنَّ أكمـل الولايـات وأقواهـا: هى ولايه الله سـبحانه وتعالى على خلقه من الممكنات بعـد أن كانت بأسـرها فى جميع شؤونها وكافه أطوارها مفتقره فى وجودها إلى الواجب، مقهوره تحت سـلطانه متقلبه بقـدرته؛ إذ لا اسـتقلاليّه للممكن فى الوجود لكونه ممكناً بالذات موجوداً بالغير، وعدم التعلّق فى الممتنع لنقصٍ فى المتعلّق، لا لقصور فى التعلق، وإلّا فهو على كل شىء قدير.

ومن رشـحات هـذه الولايـه: ولايـه النبى صـلى الله عليه و آله وخلفائه الأئمّه المعصومين عليهم السـلام بالولايه الباطنيه، فإن لهم التصـرّف بها فى الممكنات بأسـرها من الـذرّه إلى الـذروه، بإذنه تعالى، وهى بهـذا المعنى خارجه عن الولايه المبحوث عنها فى المقـام، ولهم الولايـه الظـاهريه أيضـاً على كـافَّه الرعيَّه، بعـد أن كـان الناس طرّاً رعاياهم، بل عبيـدهم لكن عبيـد الطاعه لا عبيد الملك كما ورد عن الإمام الرضا عليه السلام . (۱)

والـذى يهمنا فى هـذا التقسيم هو البحث عن ولايه التزويـج؛ وذلك لأنّ صـحّه النكاح فى بعض الصور - عنـد الإماميّه، وهكذا المذاهب الإسلاميّه - موقوفاً على صدوره عن الولىّ كان البحث عن الولىّ من مقدّمات عقد النكاح.

ص:۳۰

۱- (۱) . الكافى: ۱، كتاب الحجّه، باب فرض طاعه الائمه عليهم السـلام ، ح۱۰. وبهذا الاسناد عن مروان بن عبيد عن محمّد بن زيـد الطبرى، قال: كنت على رأس الرضا عليه السـلام بخراسان، وعنـده عـدّه من بنى هاشم وفيهم إسـحاق بن موسـى بن عيسـى العبّاسـى، فقال: «يا إسـحاق بلغنى أن الناس يقولون: أنا نزعم أن الناس عبيـد لنا، لا وقرابتى من رسول الله صـلى الله عليه و آله ما قلته قط، ولا سـمعته من آبائى قاله ولا بلغنى عن أحـد من آبائى قاله، ولكنى أقول: الناس عبيـد لنا فى الطاعه موال لنا فى الدين، فليبلّغ الشاهد الغائب».

المبحث الثالث: الولايه حكم أم حقّ ؟

اشاره

بحث العلمـاء مسأله الحقّ، والحكم بصوره مفصـلّه، والـذی ینبغی أن نبیّن هنا هو: ما المراد من الحكم؟ وما المراد من الحقّ؟ وما هو المیزان الفارق بینهما والثمرات المترتّبه علیها؟ وما هو صوره الشكّ فی كلّ من الأمرین بحسب ما تقتضیه الأصول والقواعد؟

وهل الولایه لمن ثبتت ولایته علی غیره هی حكم أم حقّ؟

أوّلاً: الحكم

وهو جعـل بـالتكلیف أو بـالوضع متعلّق بفعل الإنسان من حیث المنع عنه والرخصه فیه، أو ترتّب الأثر علیه، فجعل الرخصه، مثلاً: حكم والشخص مورده وفعله وموضوعه، وهو لا یسقط بالإسقاط، ولا ینتقل بالنواقل؛ لأنّ أمر الحكم بید الحاكم لا بید المحكوم علیه.

ثانیاً: الحقّ

اشاره

فهو یطلق – مرّه – حیال الملك، وأخری ما یرادفه، وهو – بمعنیه – سـلطنه مجعوله للإنسان من حیث هو علی غیره، ولو بالاعتبار: من مال أو شخص أو هما معاً، كالعین المستأجره، فإنّ للمستأجر سلطنه علی المؤجّر فی ماله الخاص.

وقد يكون مستقلاً بنفسه كحقّ التحجير، وقد لا يكون مستقلاً بنفسه، بل متقوّم بغيره كحق المجنى عليه على الجانى وحقّ القصاص، فهو كالملك الذى قد يكون متعلقه مستقلاً. وقد لا يكون كالكلىّ فى الذّمه وقد يتّحدان فى المورد، وإنّما يختلفان بالاعتبار كسلطنه الإنسان على نفسه؛ ولذا قيل: الإنسان أملك بنفسه من غيره، ومنه قوله تعالى حكايه عن كليمه: (قالَ رَبِّ إِنِّی لا أَمْلِکُ إِلاّ نَفْسِی وَ أَخِی فَافْرُقْ بَیْنَنا وَ بَیْنَ الْقَوْمِ الْفاسِقِینَ) . (۱)

فما به التعلق عین ما إلیه الإضافه وإنّما یختلف بالاعتبار. (۲)

الفرق بين الحكم والحقّ

ثم إنَّ الفرق بين الحكم والحقّ انّما يقع بأحد الأمور الثلاثه:

أحدها: كلّ ما ينتقل إلى المورث، فهو حقّ وإلّا فهو حكم.

ثانيها: ما كان قابلاً للإسقاط والإبراء، فهو حقّ وإلّا فحكم.

ثالثها: ما كان قابلاً للمعاوضه والمصالحه - بأن ينتقل إلى الغير بصلح وغيره - فهو حقّ وإلّا فحكم.

ولا شكّ، أنَّ هذه الوجوه ليست ما بها يمتاز الحقّ عن الحكم بحسب الذات بل إنَّما هى آثار لها فيشكل الفرق بحسب الذات، وعند الشك فى أنّ الشىء الفلانى حقّ أو حكم - كما إذا شككنا فى جواز الرجوع فى عدّه المرأه للزوج حقّ حتّى يقبل الإسقاط كأن يقول: أسقطت ما كان لى من حقّ الرجوع أوحكم شرعى غير قابل للإسقاط - يصعب الأمر، حيث لا أصل فى البين، ولا طريق لتشخيصه إلّا التنصيص من الشارع، فإنّهما متحدان صوره ومختلفان حقيقه كفرض الصلاه ونفلها وفرض الصوم

۱- (۱) . المائده: ۲۵.

۲- (۲) . انظر: بلغه الفقيه: ۱۴/۱.

ونفله، حيث إنّ إتيان نفل الصوم لمن عليه صوم واجب ليس بجائز دون فرض الصلاه، فهذا يكشف عن اختلاف حقيقتهما.

فإن ورد النصّ على تعيين أحدهما فيؤخذ به وعند فقدانهما، فهل الأصل يقتضى الحقّ، أو يقتضى أنّه من قبيل الحكم؟

والمحكى عن المحقق القمّى جواز الرجوع فى الهبه والعدّه قابله للصلح والإسقاط، فعلى تقدير عدم ورود نصّ ودليل عليه لا بدّ أن يقال: إنَّ الأصل عندهما هو الحقّ فيكون هو المرجع عند الشكّ، ولكن العلّامه ذهب إلى أن لا أصل فى البين. (١)

ورأينا إنَّ هذا القول الذى ذهب إليه العلّامه حسن بحسب تشخيص ذاتهما وحقيقتهما لعدم الأصل فيهما.

نعم، نحن نقول: وإن لم يكن فى مقام تشخيص حقيقتهما أصلًا جارياً إلّا أنّه يكفينا إجراء الأصل العملى فى آثارهما ولوازمهما، فإنّه بعد ما ثبت جواز الرجوع للزوج فى العدّه مثلاً ـ نشكّ فى سقوطه بعد قوله: «أسقطت» أو: «صالحت». فمقتضى الأصل والاستصحاب بقاؤه وعدم سقوطه وعدم قبوله للصلح، فنحكم حينئذٍ بأنّ جواز الرجوع هنا من قبيل الحكم ليس بحقّ حتّى يقبل للصلح والإسقاط.

وهكذا فى غيره فى سائر المقامات المشكوكه، فعند الشك بينهما الأصل يقتضى أن يكون حكماً لا حقاً.

وبهذا، تكون الولايه لمن ثبتت ولايته على غيره من الحكم دون الحقّ؛ لأنّهاغير قابله للإسقاط، وأنّها حكم شرعى مجعول بيد الشارع فلا يسقط بالإسقاط، ولا قابل للإنتقال بخلاف الحقّ فإنّه قابل للإسقاط والنقل، وإن كان

١- (١) . انظر: فقه الإماميه قسم الخيارات: ٨.

الحقّ كالحكم من حيث الجعل من الشارع المقدّس إلّا أن نحو الجعل مختلف، فإنَّ الحقّ جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده، فله الأخذ به، وله العفو والإسقاط، بخلاف الحكم، فإنه مجعول من الشارع المقدّس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه.

و منه يعلم أنّه مع الشك فی كون الولایه حكماً أو حقّاً الأصل الأوّل لاحتیاج الثانی إلی المؤونه.

ص:۳۴

المبحث الرابع: متى تسقط الولايه ؟

اشاره

لمّا كانت الولايه فى حقيقتها حمايةً ورعايةً وقياماً بالواجب، باعثها الشـفقه الداعيَه إلى الحرص على مصلحه المولَّى عليه، فإذا لم تكن حمـايه ولاـ رعـايه ولاـ قيـام بـالواجب، فإنّها تؤول إلى السـقوط، فقـد ذكر الفقهاء سـقوط الولايه للأب أو الجـدّ للأب فى موردين وهما:

الأوّل: عَضْلُ الولى

اشاره

وقبل البحث ينبغى أن نبيّن معنى العضل وحكمه وهو ما يأتى على الشكل الآتى:

أوّلاً: معنى العضل

اشاره

العضل لغةً هو: الشِّدَّه، والمنع، والتضييق.

يقال: عضل الرجل أيَمه، إذا منعها من التزويج ظلماً.

ومنه: الدّاء العضال الذى أعيا الأطباء علاجه، والأمر العضال: الذى استغلق حلّه، ولم يهتدِ لوجهه، كما تسمّى الشدائد معضلات.

ويقال: عضّلت – بتشديد الضاد المعجمه – المرأه أو الناقه بولدها، إذا التوى فى رحمها، ونشب، وتعسّر خروجه.

ص:۳۵

ويقال: عضّلت الأرض بأهلها، أى: غصّت بهم وضاقت لكثرتهم.

ومنه قول الشاعر:

ترى الأرض منّا بالفضاء مريضه معضّله منّا بجمع عرمرم (۱)

والباب كلّه يدور حول: الشدّه والمنع والتضييق، كما تقدّم.

قال ابن فارس:

العين والضّاد واللّام - أصل واحد صحيح يدلّ على شدّه والتواء فى الأمر. (۲)

وقال ابن منظور:

أصل العضل: المنع والشدّه، يقال أعضل بى الأمر إذا ضاقت عليك فيه الحيل، وأعضله الأمر غلبه، وداء عضال: شديد معيٍ غالب، قالت ليلى:

سقاها من الدّاء العضال الذى بها غلام إذا هزّ القناه سقاها (۳)

العضل شرعاً هو المنع أيضاً، والمراد هنا: منعها من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كلّ واحد منهما فى صاحبه. (۴)

واختلف الفقهاء فى أنّه متى يكون امتناع الولىّ يعدّ عاضلاً؟

وأهمّ ما اشتهر ذكره عن الفقهاء هنا:

هو امتناع الولىّ من تزويجها بكفئها أو لنقصان مهر مثلها، فيتّفقون على أنّ الولىّ إذا امتنع من تزويجها بخاطبها الكفء الذى رضيته، فهو عاضل لها. وأمّا إن كان الخاطب الذى رضيته غير كفء لها، فلا يعد امتناع الولى من تزويجها به عضلاً لها. (۵)

۱- (۱) . انظر: مقاييس اللغه: ۳۴۶/۴.
۲- (۲) . المصدر السابق.
۳- (۳) . لسان العرب: ۴۵۱/۱۱؛ وانظر: ماده عضل فى كلّ من: مقاييس اللغه: ۳۴۵/۴ و۳۴۶، الصحاح: ۱۷۶۶/۵ و ۱۷۶۷؛ القاموس: ۲۱/۸ و۲۲.
۴- (۴) . جامع المقاصد فى شرح القواعد: ۱۲۸/۱۲.
۵- (۵) . انظر للإماميه: جواهر الكلام: ۱۸۵/۲۹؛ كشف اللثام: ۸۲/۷؛ وللحنابله: المغنى: ۳۶۸/۷ و ۳۶۹؛ الانصاف: ۷۵/۸. وللشافعيه: مغنى المحتاج: ۱۵۳/۳؛ وللمالكيه: الخرشى على مختصر الخليل: ۱۸۹/۳؛ وللحنفيه: فتح القدير: ۲۹۴/۳ و ۲۹۵.

وأمّا إن رضـيت المرأه بكفؤ لزمهم أن يزوجوها بما رضـيت من المهر – سواء كان مهر مثلها أو أقلّ – فإن منعوها واعترضوا على قدر مهرها ولّت أمرها من شاءت.

وعند الشافعی یكون قد عضلوها، ویكون السلطان ولیها (۱) ،وبه قال أبویوسف ومحمد. (۲)

وقال أبو حنیفه:

للأولیـاء أن یعترضوا علیها فی قـدر المهر، فمتی نكحت بأقلّ من مهر مثلها، فللولی أن یقول للزوج: إمّا أن تبلغ بالمهر مهر المثل، وإلّـا فسـخت علیك النكاح وأجری المهر مجری الكفاءه؛ لأنَّ الأولیاء یتفاخرون بكمال مهور نسائهم ویعیّرون بنقصـها، فمن هنا أشبه الكفاءه؛ ولأن فی تزویجها بأقلّ من مهر مثلها ضرراً علی نسائها بنقص مهور أمثالهن. (۳)

وأمّـا وجهه نظر الجمهـور منهم: فلأنَّ المهر حـقّ خـالص للمرأه، فلم یكن للأولیـاء حقّ فی منعهـا، أو الأعتراض علیهـا من أجل نقصانه، كثمن عبدها أو أجره دارها؛ (۴) ولأنّها لو أسقطته بعد وجوبه لسقط اتّفاقاً. (۵)

وأمّا وجهه نظر الإمامیّه، فقد ذكر الشهید الأوّل:

أنّه إذا زوّج الولیّ الإجبـاری كالأب والجـدّ المولی علیه بـدون مهر مثلهـا، فالوجه صـحّه العقـد، لعـدم مـدخلیه المهر فی صـحّه النكاح وفساده. (۶)

۱- (۱) . الام: ۱۴/۵؛ مختصر المزنی: ۱۶۵.

۲- (۲) . السرخسی، المبسوط: ۱۳/۵.

۳- (۳) . المصدرالسابق.

۴- (۴) . ابن قدامه، المغنی: ۳۶۹/۷.

۵- (۵) . المصدر السابق.

۶- (۶) . غایه المراد فی شرح نكت الإرشاد: ۱۲۴/۳.

ثمّ هل يلزم المسمّى أو لا؟

قال الشيخ الطوسی: يلزم، (۱) ووجهه أن للولی العفو بالنسبه إلى المهر لقوله تعالى: (أَوْ يَعْفُوَا الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكاحِ) ۲ ، فإذا ساغ له العفو عن الحقّ بعد ثبوته فالعفو بدونه أولى، وأختاره المحقّق. (۲) وذهب العلّامه الحلّی هنا إلى أنّه إن كان لها مصلحه، بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أكمل وأصلح من غيره بأضعافه فيصير صلاحه نقصان المهر، وليس نوع المصلحه فی هذا الشخص، بل أيه مصلحه كانت، مثل اظطرارها إلى الزواج وخوف الوقوع فی العار، ولو لم يوجد إلّا هذا بهذا المقدار، أو غير ذلك. (۳) وحكى الشيخ فی المبسوط بطلان المسمى لوجوب مراعاه القيمه فی أموالها ففی البضع أولى. (۴)

وأشكل عليه الشهيد الأوّل:

بأنَّ هذا القول ضعيف، للفرق بأن النكاح فی الأصح ليس معاوضه حقيقيه بخلاف المذكور. (۵)

الرَّاجِح

والذی يقتضيه صحيح النظر هو أنّه إن اقتضت المصلحه التزويج بدون مهر المثل صحّ العقد والمهر ولزم، وإلّا كان العقد فضوليا يتوقّف على الإجازه بعد البلوغ؛ لأنّ صحّه تصرفات الولی منوطه بالمصلحه، وبدونها يكون كتصرّف الأجنبی.

ص:۳۸

۱- (۱) . الخلاف: ۳۹۲/۴؛ المبسوط: ۳۱۱/۴.

۲- (۳) . شرائع الإسلام: ۲۷۶/۲.

۳- (۴) . الإرشاد: ۱۲۴/۳.

۴- (۵) . المبسوط: ۳۱۱/۴.

۵- (۶) . غايه المراد: ۱۲۵/۳.

ثانياً: حكم العضل

وأمّا حكم العضل، فلا خلاف في تحريمه؛ لأنَّه نوع من الظلم الذي يتنافى ومشروعيه الولايه في النكاح؛ إذ هي ولايه نظر وإحسان، لا ولايه قهر وإذلال وإستبداد، ومن الأدلّه على تحريم العضل ما يلي:

١. من الكتاب

قال تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (١)

وجه الاستدلال:

بناءً على أنَّ الخطاب في قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) للناس أجمع ويدخل فيهم الأولياء على معنى أنّه لا يكون عضل منكم، أو المراد خطاب الأولياء، وعلى كلّ حال، فالمراد بأزواجهن من رضين بهم أن يكونوا أزواجاً، لا خصوص الأزواج السابقه وإن احتمل في الآيه.

ولكن على أيّ وجه دال على المطلوب، نعم، لو قيل: بكون المراد نهي الأزواج السابقين عن عضل النساء أن يتزوجن بعد خلائهن، خرجت الآيه عن الدلاله، وتكون أجنبيّه عن محلّ بحثنا؛ لأنَّ موضوعها يكون عدم جواز منع المطلقه المدخول بها من التزوج بغير زوجها الأوّل، أو الرجوع إليه بعد العده.

هذا وربّما استفيد من الآيه ثبوت الولايه، وإلّا لم يكن للعضل وجه، وفيه إنَّ العضل ظلم متحقق على كلّ حال، كما هو واضح. (٢)

ص:٣٩

١- (١) . البقره: ٢٣٣.

٢- (٢) . انظر: جواهر الكلام: ١٨٤/٢٩.

۲. من السنه

۱. قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام». (۱)

ووجه الاستدلال به واضح: حیث إنْ منَعَهَا الولیّ من التزویج بالکفؤ إذا طلبت ذلک فیه ضرر ومشقّه، والإسلام قد رفعه بحدیث «لا ضرر ولا ضرار»، وبالاضافه إلی أنّ لها حقّاً فی الإعفاف والتصّون، ودفع ضرر مدافعه الشهوه والخوف من الوقوع فی الحرام. (۲)

۲. صحیحه أبی حمزه الثمالی عن أبی جعفر علیه السلام ، إن رسول الله صلی الله علیه و آله قال لرجل: «أنت ومالک لأبیک»، ثمّ قال أبو جعفر علیه السلام : «ما أحب أن یأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إلیه ممّا لا بد منه، إنَّ الله لا یحبّ الفساد». (۳)

وجه الاستدلال:

إنّ الإطلاق الوارد فی صحیحه أبی حمزه الثمالی القائل بأنّ «الله لا ـ یحبّ الفساد»، یقول: إنَّ تحدید ولایه الأب أذا ثبتت فی المال ثبتت فی العرض بطریق أولی، فلا یکون للأب منعها عن التزویج؛ لأنّه فیه الفساد، و«الله لا یحبّ الفساد».

إن الولایه مأمور بها، فاذا کانت فی هذه الصوره فساد، فالله لا یحبّها – أی: لا یأمر بها فتسقط الولایه علیها. (۴)

ولکن إذا منعها الولیّ بمن ورد النهی عن التزویج بهم ولو بنحو الکراهه کشارب الخمر وتارک الصلاه والمتجاهر بالفسق مع کونه کفؤاً بالإسلام إذا کانت المرأه مسلمه، أو منعها الولیّ من التزویج بمن یکون علیهم فی زواجها ضعه عرفاً «من حیث

۱- (۱) . الکافی: ۲۹۲/۵؛ وسائل الشیعه: ۳۴۱/۱۷ ح: ۳، ورواه العامه أحمد وغیره، وهو صحیح بمجموع طرقه، ومتّفق علی معناه انظر: ابن حنبل، المسند: ۱/ص۳۱۳.

۲- (۲) . القواعد والفوائد: ۵۱/۲.

۳- (۳) . وسائل الشیعه: ۱۷ کتاب التجاره، أبواب ما یکتسب به، ۷۸، ح: ۲.

۴- (۴) . انظر: موسوعه الإمام الخوئی: ۲۱۹/۳۳.

وجود الغضاضه والنقص والعيب فی العرض» فهو لیس بعضل. وکـذا لو منعها من التزویـج بکفؤ معین مع وجود کفؤ آخر، وکذا لو منعهـا من النکـاح المنقطع مع تیسر الـدائم؛ وذلک لأنَّ الأدلّه التی دلَّت علی سـقوط ولایه الأب لا تأتی هنا، حیث إنَّ إعمال ولایه الأب فی منعها فی هذه الصوره المتقدمه یکون لصالحها، ولم یکن المنع فیه مفسده فتبقی إطلاقات أدلّه ولایه الأب والجدّ سالمه وشامله لهذه الصوره.

ثالثاً: تزویجها إذا عضل الولی

والبحث فیه یقع علی مستویین:

المستوی الأوّل: عند الإمامیّه

وأمّا تزویجها إذا عضل ولیّها عند الإمامیّه، فقد اتفقوا علی سقوط اعتبار رضاه، وجاز لها الاستقلال بالعقد علی نفسها، والمحدَّث عنه هو البکر الرشیده البالغه.

قال صاحب الحدائق: الظاهر أنّه لا خلاف بین الاصـحاب فی أنّه لو عضـلها الولیّ سـقط اعتبار رضاه، وجاز لها الاستقلال بالعقد علی نفسها. (۱)

بل نقل الإجماع علی ذلک جمله من الأصحاب. (۲)

وقد یستدلّ له بقوله تعالی: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ یَنْکِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَیْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (۳)

إلّا أنَّ فساده أوضح من أن یخفی، فإنّ الموضوع فی هذه الآیه الکریمه إنّما هو المطلَّقات المدخول بهن، کما یشـهد لذلک قوله تعالی فی صدرها: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ) .

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۲۳۳/۲۳.

۲- (۲) . منهم: الخلاف: ۲۷۹/۴؛ القواعد: ۶/۲؛ المفاتیح: ۲۶۵/۲.

۳- (۳) . البقره: ۲۳۲.

ومن هـذا المنطلق تكون الآـيه الكريمه خارجه عن محلّ كلامنا بالكلّيه، فإنّ موضوعها عـدم جواز منع المطلقه المـدخول بها من التزويـج بغير زوجها الأوّل، أو الرجوع إليه بعـد العـده، وأين هـذا من عـدم ثبوت الولايه للأب على ابنته البكر فى فرض عضـلها ومنعها من التزويج بالكفء؟

فالصحيح فى الاستدلال هو التمسّك:

أوّلاً: بمناسبه الحكم والموضوع، فإنّ المستفاد من جمله من النصوص أنّ ولايه الأب ثابته لها لا عليها، ومن الواضح أن هذا إنّما يقتضى النظر فى أمرها ومراعاه مصلحتها فى كلّ ما يقوم به لها.

ثانياً: دليل نفى الحرج إذا فرضـنا فى بقائها كـذلك حرجياً، فإنّ هذا الدليل يرفع فى هذه الحاله اعتبار إذن الأب والجدّ على نحو الاستقلال أو الاشتراک. (۱)

المستوى الثانى: عند أهل السنّه

وأمّا عند السنه، فقد اتّفق فقهاؤهم على سقوط حقّ الأقرب فى الولايه إذا ثبت عضله وانتقالها إلى غيره، ثمّ اختلفوا فيمن يزوجها. حينئذٍ على قولين:

القول الأوّل: أنّه يزوجها من يليه من الأولياء.

وإلى هـذا ذهب إليه الحنـابله (۲)، وبه قـالت الشـافعيه إذا تكرّر العضل من الولى الأقرب، بناء على أنّه يصير بـذلک فاسـقاً، ولا ولايه للفاسق على الصحيح عندهم. (۳)

ووجهه هـذا المـذهب: أنّه تعذّرالتزويـج من جهه الأقرب فملكه من يليه، كما لو جن الأقرب. ولأنه يكون بالعضل فاسـقاً، فتنتقل الولايه عنه، كما لو شرب الخمر. (۴)

۱- (۱) . انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ۲۱۸/۳۳.

۲- (۲) . انظر: کشف القناع: ۵۴/۵.

۳- (۳) . انظر: مغنى المحتاج: ۱۵۳/۳.

۴- (۴) . انظر: المغنى: ۳۶۸/۷.

القول الثانی: أنّه یزوجها السلطان، وهذا مذهب المالکیّه وکذلک الشافعیّه فی غیر الصوره السابقه وهی تکرّر العضل، وکذلک الحنفیه بناء علی أنّ العضل کما یکون فی الحرّه المکلّفه یکون فی الصغیره والمجنونه. (۱)

ودلیل هذا القول ما یلی:

۱. الدلیل النقلی أو الحدیث: «فإن اشتجروا فالسلطان ولی من لا ولی له». (۲)

۲. ولأنّ النِّکاح حقّ للمرأه، فإذا تعذر من جهه ولیّها کان للحاکم استیفاؤه، کما لو کان علی رجلٍ دین فامتنع من أدائه، فإن الحاکم یقوم باستیفائه لصاحبه من الممتنع. (۳)

۳. ولأنّ الولیّ بامتناعه یکون ظالماً، والسلطان یقوم مقام صاحب الحقّ فی دفع الظلم عنه. (۴)

الرَّاجِح

والذی یبدو لی أنَّ الرَّاجِح هو ما ذهبت إلیه الإمامیّه؛ وذلک للإجماع من الطائفه علی استقلالها عند منعها من التزویج بکفئها إذا طلبت ذلک ورغب کلّ واحد بصاحبه، وفیه اعتراف بأنّ لها أهلیّه تولّی النکاح بنفسها، ویدلّ علیه بالإضافه إلی الإجماع حدیث: «لا ضرر ولا ضرار، ورفع الحرج، وسعه الشریعه السمحه السهله»، وهذا هو الرأی الرَّاجِح، والله أعلم.

الثانی: غیبه الولی

اشاره

اختلف الفقهاء فی انتقال الولایه وکیفیّته عند غیبه الولی علی النحو التالی:

۱- (۱) . انظر للمالکیه: حاشیه الدسوقی: ۲۳۱/۲؛ الشرح الکبیر: ۲۳۲/۲.

۲- (۲) . مسند أحمد: ۶۶/۶.

۳- (۳) . المغنی: ۳۶۸/۷.

۴- (۴) . المصدر السابق.

أوّلاً: الإماميّه

ذهبوا إلى أنَّ الولى إذا كـان غائباً لا يمكن الاستئـذان منه مع حاجه المرأه إلى الزواج سـقط اعتبار إذنه فيجوز لها أن تعقـد على نفسها من دون مراجعه الحاكم.

قال الشيخ الطوسى:

وإن غابا جميعاً يعنى: الأب والجدّ كان لها أن تعقد على نفسها، أو توكل من شاءت من باقى الأولياء. (۱)

وقال السيّد الحكيم:

وفى الحـدائق: وفى حكم العضل الغيبه المنقطعه التى يحصل معها المشـقّه الشديـده من اعتبار استئـذان الولى، (۲) ونحوه ما فى الرياض. (۳)

والأوّل حكى ارتضاؤه عن كثير من الأصـحاب (۴)، ويظهر من الجميع عـدم الخلاـف فى ذلك، بل فى كلام بعض (۵)، أنّه بلا خلاف وكأنَّه لِما يستفاد من دليل السقوط بالعضل. (۶)

وقد يستدلّ له على ذلك:

۱. من الكتاب

قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (۷)

وجه الاسـتدلال: لمّـا دلَّ على سـقوط ولاـيه الأب عنـد العضل، حيث يصـدق أنَّ الولايه للأب إنَّما هو لمصـلحه البنت ولتكميل نقصها، ولا مصلحه فى ولايته، وهو غائب عنها لا يمكن استئذانه، وهى بحاجه إلى الزواج فتسقط ولايته فى هذه الصوره.

۱- (۱) . الخلاف: ۲۷۸/۴.

۲- (۲) . الحدائق: ۲۳۲/۲۳.

۳- (۳) . رياض المسائل: ۸۰/۲.

۴- (۴) . التذكره: ۶۰۱/۲؛ السبزوارى، الكفايه: ۱۵۶؛ الحدائق: ۲۳۲/۲۳.

۵- (۵) . السبزوارى، كفايه الأحكام: ۹۶/۲.

۶- (۶) . مستمسك العروه: ۴۴۹/۱۴.

۷- (۷) . البقره: ۲۳۲.

وبعباره أخری: یمکن القول بأنَّ أدلّه الولایه منصرفه عن الغائب الذی لا یمکن استئذانه، فتکون الولایه لمن حضر من الآباء والأجداد، أو کان یمکن استئذانهم فی أمر البنت لتکمیل نقصها ومصلحتها.

۲. من السنّه

قال رسول الله صلی الله علیه و آله : «لا ضرر ولا ضرار فی الإسلام». (۱)

وجه الاستدلال: إن للمرأه حقاً فی العفاف وصون النفس من الوقوع فی الحرام، ودفع ضرر مدافعه الشهوه، وغیبه الولی المنقطعه التی یحصل معها المشقه الشدیده من اعتبار استیذانه ضرر دینی أو دنیوی، وهو منهی عنه.فتسقط ولایته فی هذه الصوره.

ثانیاً: أهل السنّه

وأمّا فقهاء السنه، فقد إتفق أصحاب المذاهب الأربعه علی أنّه: إذا غاب ولی المرأه الأقرب فقد جاز لغیره تزویجها، علی خلاف بینهم فی حدِّ الغیبه التی یجوز التزویج فیها لغیر الأقرب، وکذلک فی مَن یزوجها، أهو الولی الذی یلیه، أم السلطان؟

ذهب ابن حزم الظاهری وزفر من الحنفیه إلی أنّه لا یجوز لأحد تزویجها فی غیبه ولیها الأقرب، وإن طالت غیبته حتّی یقدم فیزوجها بنفسه. (۲)

وکذلک قال زفر:

إنَّه لا یزوجها الولیّ الأبعد لبقاء ولایه الأقرب، ولا یزوجها السلطان من باب أولی؛ لأن ولایته متأخّره عن ولایه الولیّ الأبعد، وهذا بخلاف العضل عنده؛ لأنّ الولیّ العاضل ممتنع من إیفاء حقّ لمستحقه، فیقوم السلطان مقام صاحب الحقّ فی دفع الظلم عنه، والغائب غیر ظالم. (۳)

۱- (۱) . الکافی: ۲۹۲/۵، ح: ۲؛ وسائل الشیعه: ۳۴۱/۱۷، ح:۳.

۲- (۲) . انظر: المحلّی: ۴۵۸/۹.

۳- (۳) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۲۲۱/۴؛ بدائع الصنائع: ۱۲۷۲/۳.

وأمّا من الذى يزوجها فى غيبه الولىّ الأقرب؟ أهو الولىّ الأبعد أم السلطان؟ قولان مشهوران:

الأوّل:

إنَّ الذى يزوّجها هوالولىّ الذى يليه مرتبه، وهذا مذهب الحنفيّه والحنابله. (۱)

قالوا: إنَّ الولايه تنتقل من الولىّ الأقرب إلى الولى الأبعد إذا غاب الأوّل غيبه منقطعه يخشى معها فوات الكفء إذا انتظرنا حظوره أو استطلاع رأيه.

الثانى:

إنَّه السلطان، وهو مذهب الشافعيّه. (۲)

حيث ذهبوا إلى أنَّ الولىّ الأقرب نسباً أو ولاءً إذا غاب مسافه القصر، ولم يحكم بموته، وليس له وكيل حاضر فى تزويج موليَّته، أو كان محرماً بالحج أو العمره، فإنّ الولايه تنتقل إلى السلطان أو نائبه؛ لأنّ الغائب ولىّ، والتزويج حقّ له، فإن تعذر حضوره ناب عنه الحاكم.

أمَّا إذا غاب دون مسافه القصر، فلا تزوّج موليَّته إلّا بإذنه، ولا يصحّ تزويج السلطان عليه، وكذلك إذا كان له وكيل، فهو مقدّم على الأقرب والسلطان.

وأمَّا المالكيه ففى كلامهم، ونقل بعضهم عن بعض اختلاف واضطراب شديد، وبيان ذلك أن الولىّ - عندهم - إمّا أن يكون مجبراً وهو الأب فى ابنته البكر، أو الصغيره مطلقا.

وإمّا أن يكون غير مجبر وهم: بقيّه الأولياء.

فبعضهم جرى على إطلاق قول واحد، ولم يفرّق بين مُجبر وغير مُجبر، وبعضهم

۱- (۱) . انظر للحنفيه: السرخسى، المبسوط: ۲۲۰/۴؛ بدائع الصنائع: ۱۳۷۲/۳.

۲- (۲) . انظر للشافعيه: الأم: ۱۴/۵؛ مغنى المحتاج: ۱۵۷ و ۱۵۲/۳.

فصل، وحاصل تلك الأقاويل يمكن تصنيفها إلى صنفين:

الصنف الأوّل: يدلّ على أنّ المعتمد هو أنّ الولايه تنتقل فى غيبه الولى الأقرب إلى الأبعد، ولا فرق بين مُجبر وغيره.

وهذا ما يدلّ عليه كلام ابن رشد (١)، وكلام ابن جزّى صريح، وهذا نصّه:

إذا غاب الأقرب انتقلت الولايه إلى الأبعد، وقال الشافعى: إلى السلطان. (٢)

ثمّ قال فى مسأله متتبّعاً:

إذا غاب عن البكر أبوها وهى مُجبره زوجها سائر الأولياء، أو السلطان إن لم يكن لها ولى. (٣)

الصنف الثانى: يدلّ على أن المعتمد هو انتقالها إلى السلطان، سواء كان مُجبراً أم غير مُجبر، إلّا فى بعض الحالات التى قد قيل بانتقالها إلى الأبعد، أو بصحّه تزويجه فيها، وإن كان الأحقّ به فيها السلطان.

وهذا هو ظاهر كلام خليل فى المختصر وكذلك شروحه.

وحاصله: أنّه إن كان الغائب الولى المجبر كالأب فى ابنته البكر، فلا يزوجها إلا السلطان - حيث قيل بتزويجها. دون الأولياء الحاضرين. وأما إن كان الغائب غير مجبر وكانت الغيبه مسافه ثلاثه أيّام فما فوقها فالذى يزوّجها هو السلطان ايضاً، ولكن لو زوجها الولى الأبعد صحّ - حينئذ - بناء على أنّ الترتيب بين الأولياء ليس بشرط.

وأمّا إن كان الغائب أسيراً، أو مفقوداً، أولياً غير مجبر، ومسافه غيبته دون ثلاثه أيّام، فالذى يزوّج حينئذٍ الولى الأبعد دون السلطان، وقيل غير ذلك. (٤)

١- (١) . بدايه المجتهد: ١١/٢.

٢- (٢) . قوانين الأحكام الشرعيه: ٢٢٤.

٣- (٣) . المصدر السابق.

٤- (٤) . انظر: الدردير، الشرح الكبير: ٢٢٩/٢ و ٢٣٠؛ حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير: ٢٣٠/٢.

الأدلّه

استدلّ من قال: يزوجها الولى الأبعد دون السلطان، بما يلى:

۱. الدليل النقلى وهو الحديث: «السلطان ولىّ من لا ولىّ له».

وهذه لها ولى، فلا ولايه للسلطان عليها مع وجوده. (۱)

۲. ولأنَّه تعذر حصول التزويج من الأقرب فثبتت الولايه لمن يليه من الأولياء الحاضرين، كما لو جن الأقرب، أو مات.

۳. ولأنها حاله جاز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان الأبعد أحقّ بها من السلطان؛ لأنه أكمل نظراً لها منه.

وأما من قال: يزوجها السلطان دون الولىّ الأبعد فدليلهم:

أنَّ الولىّ الأبعد محجوب بولايه الأقرب، وولايه الولىّ الأقرب باقيه، بدليل أنّه لو زوجها فى مكانه، أو وكلّ من يزوجها لصح ذلك منه، وإنِّما تعذر لغيبته فناب الحاكم عنه، كما لو غاب، وعليه دين، فإنّ الحاكم ينوب عنه فى الدفع من ماله دون غيره من الأولياء، كما سبق فى العضل. (۲)

الرَّاجِح

والذى يظهر لى هو: رجحان القول الأوّل؛ وذلك إنّما جعلت الولايه للولى، لمصلحه البنت ولتكميل نقصها، ولا مصلحه فى ولايته، وهو غائب عنها لا يمكن استئذانه، وهى بحاجه إلى الزواج، فترك التزويج لأجل غيبه الولى نقيض ما هو المقصود من جعل الولايه، مضافاً إلى قاعده: لا ضرر، فحينئذ تسقط ولايته، وذلك لمَا دلّ على سقوط ولايه الأب عند العضل، فإنّه بحكمه.

۱- (۱) . انظر: المغنى: ۳۷۰/۷؛ المبسوط: ۲۲۱/۴؛ بدائع الصنائع: ۱۳۷۲/۳.

۲- (۲) . مغنى المحتاج: ۱۵۷/۳.

وإنَّما تكون أحق بنفسها، ولها أن تعقد على نفسها، للأصل الأوّلى من عدم ولايه أحد على أحد، ولإجماع الطائفه وعدم الخلاف فى ذلك.

حد الغَيبَه

وأمّا حدّ الغيبه التى تسقط بموجبها الولايه عن الولىّ وتكون المرأه أحق بنفسها، على رأى الإماميّه، أو انتقالها للولى الأبعد، أو للسلطان فى تزويج المرأه على رأى المذاهب الأخرى، فقد اختلف فيها على أقاويل مختلفه فى كلّ مذهب من المذاهب الخمسه، وذلك شأن المسائل الخاضعه للنظر والاجتهاد؛ إذ ليس فى هذه الغيبه، ولا فى تحديدها نصّ من كتاب أو سنه وإنّما هى مسأله اجتهاديه، وإليك ما قيل فى كلّ مذهب حسب ما نشير إليه:

أوّلاً: مذهب الإماميّه

لم يحدّد مذهب الإماميّه مقدار معين للغيبه المنقطعه، لعدم وجود النصّ فى ذلك. و قال السيد الحكيم:

وفى الحدائق: وفى حكم العضل الغيبه المنقطعه التى يحصل معها المشقه الشديده من اعتبار استئذان الولى، (۱) ونحوه ما فى الرياض (۲). (۳)

فجعل المدار فى الغيبه المنقطعه عدم إمكان استئذان الولىّ بأيه حاله، ولو عبر الهاتف أو الرسائل ولا يمكن لقائه كالسجين الذى لا يمكن لقائه. وفى الحدائق:

بما يظهر منه أنّه لدليل الحرج. (۴)

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۲۳۳/۲۳.

۲- (۲) . رياض المسائل: ۸۰/۲.

۳- (۳) . مستمسک العروه: ۴۴۹/۱۴.

۴- (۴) . الحدائق: ۲۳۳/۲۳.

ثانياً: مذهب الحنفيه

يتّفق الحنفيه على أنّ الغيبه التى يجوز لغيرالولىّ الأقرب تزويج المرأه فيها على أنّها الغيبه المنقطعه، وإنّما يختلفون متى تكون الغيبه منقطعه على أقوال كثيره منها:

١. أن يكون الولىّ فى بلد لا تصل إليه القوافل فى السَّنه إلّا مره واحده. (١)

٢. أنّها الغيبه التى يفوت الكفء لو انتظر استطلاع رأى الولىّ الأقرب. (٢)

٣. وقيل: من جابلقا إلى جابلتا، وقالوا: وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب.وهذه روايه عن أبى يوسف.

وقد قيل فيها: إنَّ هذا دليل على رجوعه إلى قول زفر، أى: أنَّ المرأه لا تزوّج فى غيبه وليّها، وإنّما ذكر هذا على طريق ضرب المثل. (٣)

۴. وقيل: من بغداد إلى الرىّ، وهى روايه عن أبى يوسف ومحمّد.

۵. وقيل: من الرِّقه إلى البصره، وهى روايه عن محمّد.

۶. وقيل: من الكوفه إلى الرّىّ، وهى روايه عن محمّد.

٧. وقيل: إذا كان فى موضع يقع الكراء إليه دفعه واحده، فليست منقطعه، أو بدفعات فهى منقطعه. (۴)

ثالثاً: مذهب المالكيه

إنّ الولىّ الغائب عند المالكيّه لا يخلو من أحد أمرين:

الأمر الأوّل: إمّا أن يكون وليّاً غير مجبر، فحدها مسافه ثلاثه أيّام. (۵)

الأمر الثانى: وأمّا إذا كان الولىّ مجبراً كالأب فى ابنته البكر، فلا تزوّج إلّا إذا كانت غيبته بعيده، ومثّلوا لها بإفريقيا: – يعنى القيروان – واختلفوا فى بدايتها، فقيل، أى:

١- (١) . فتح القدير: ٢٩٠/٣.

٢- (٢) . المصدر السابق: السرخسى، المبسوط: ٢٢٢/۴؛ الكاسانى، بدائع الصنائع: ١٣٧۴/٣.

٣- (٣) . انظر: فتح القدير: ٢٩٠/٣؛ السرخسى، المبسوط: ٢٢٢/۴.

۴- (۴) . كلّ هذه الأقوال مصادرها السابقه وصفحاتها.

٥- (٥) . الدردير، الشرح الكبير: ٢٣٠/٢.

من المدينه إلى إفريقيا؛ لأنَّ مالكاً لَما قرَرها كان بالمدينه.

وقيل: بل من مصر؛ لأنَّ ابن القاسم لما سئل عنها، فأجاب كان بمصر.

ثمّ اختلفوا هل من شرطها الاستيطان أو لا؟

فقد قيل لابن القاسم:

أرأيت إن خرج تاجراً إلى أفريقيا، أو إلى نحوها من البلدان وخلف بنات أبكاراً فأردن النكاح، ورفعن ذلك إلى السلطان، أينظر فى ذلك السلطان أم لا؟

قال: إنَّما سمعت مالكاً يقول فى الذى يغيب غيبه منقطعه، فأمّا من خرج تاجراً، وليس يرد المقام بتلك البلاد فلا يهجم السلطان على ابنته فيزوّجها، وليس لأحدٍ من الأولياء تزويجها.

قال: وهو رأيي؛ لأن مالكاً لم يوسّع فى أنّه تزوّج ابنه الرجل إلّا أنَّ يغيب غيبه منقطعه. (١)

ولقد أطال الحطَّاب فى شرح المختصر فى هذه المسأله، وأكثر من إيراد النقول المتضاربه، ثمّ قال:

عُلم من كلام المدوّنه، وكلام ابن رشد أنّ هذا الخلاف إنّما هو إذا كانت غيبه الأب عن ابنته غيبه انقطاع، بمعنى: أنّه طالت إقامته، بحيث لا يرتجى قدومه بسرعه غالباً؛ وأمّا من خرج لحاجه، أو تجاره، ونيته العوده، ولم تطل إقامته فلا تزوّج ابنته. (٢)

رابعاً: مذهب الشافعيه

وأمّا مذهب الشافعيّه، فحدّ الغيبه عندهم مسافه القصر؛ وأمّا ما دونه ففيه قولان فى المذهب، أصحهما:

أنَّها لا تزوج إلّا بإذنه، وقيل: بل تزوّج لئلّا تتضرّر بفوات الكفء الراغب. (٣)

١- (١) . المدوّنه الكبرى: ١۴۴/٢.

٢- (٢) . الدردير، الشرح الكبير: ٢٢٩/٢.

٣- (٣) . مغنى المحتاج: ١۵٧/٣.

خامساً: مذهب الحنابله

وأمّا مـذهب الحنابله، فهو أشـبه بمـذهب الحنفيه فى هـذه المسأله؛ إذ يتفق معه على أن المعتبر فى الغيبه إنّما هى الغيبه المنقطعه ويختلفون فى حدّها على أقوال هى:

١. قيل: ما يفوت به كفء راغب، وقال صاحب الإنصاف: وهو قوى. (١)

٢. وقيل: ما تستضرّ به الزوجه، قال صاحب الإنصاف: وهو الصواب. (٢)

٣. أنّها المسافه التى تقصر فيها الصلاه، فقد روى عن أحمد أنّه قال: إذا كان الأب بعيد السفر يزوّج الأخ.

وقال ابن قدامه: فيحتمل أنّه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاه؛ لأنّ ذلك هو السفر الذى علقت عليه الأحكام. (٣)

الرّاجِح

والـذى يظهر لى ممّـا تقـدّم: أنّ الصواب هو اعتبـار الغيبه المنقطعه التى يحصـل معها المشـقه الشديـده، ويكون فيها الحرج دون غيرها، فإنّ التحديد بابه النصّ، ولا نصّ فى هذه المسأله.

وأما معرفه حـدّ الغيبه المنقطعه من غيرها، فهذه مردها إلى العرف، ولا تقدّر بالأيّام، ولا بطول المسافه؛ إذ التقديرات بابها النصّ، ولاـ نصّ فى هـذه المسأله. وفى زماننا هـذا من وسائل الاتّصال الميسّـِره ما لم يسـبق لها مثيل، ممّا يوفر كثيراً من الجهـد، ويـذلل كثيراً من الصعاب التى كانت فى الماضى يحسب حسابها.

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . الإنصاف: ٧٧/٨.

٣- (٣) . المغنى: ٣٧٠/٧.

المبحث الخامس: حقیقه عَقد النكاح

أوّلاً: تعریف العقد لغهً

اشاره

العقد لغهً: هوالجمع بین الشیئین بحیث یعسر الانفصال، كما ذكره غیر واحد من أعلام اللغه.

قال الجوهری: عقدت الحبل والعهد والبیع وانعقد. (۱)

وفی القاموس: عقدت الحبل والبیع والعقد یعقده اشتدّه. (۲) وقال الفیّومی:

عقدت الحبل فانعقد، والعقد ما یمسكه ویحبسه ویوثقه، ومنه قیل: عقدت البیع، ونحوه، وعقدت الیمین. (۳)

وقال الراغب الأصفهانی:

العقد الجمع بین أطراف الشیء، ویستعمل ذلك فی الأجسام الصلبه كعقد الحبل وعقد البناء، ثمّ یستعار ذلك للمعانی نحو عقد البیع. (۴)

ص:۵۳

۱- (۱) . صحاح اللغه: ۵۱۰.

۲- (۲) . القاموس المحیط: ۳۸۳/۱.

۳- (۳) . مصباح المنیر: ۴۲۱.

۴- (۴) . المفردات فی غریب القرآن: ۳۴۱.

وقد ذكر الشيخ الطبرسى:

العقود جمع عقد بمعنى معقود، وهو أوكد العهود.

الفرق بين العقد والعهد

إنَّ العقـد فيه معنى الاستيثاق والشـدّ، ولا يكون إلّا بين متعاقـدين، والعهد قد ينفرد به الواحد فكلّ عهد عقد وأصـله عقد الشـىء بغيره، وهو وصله به، كما يعقد الحبل. (۱)

هذه بعض كلماتهم.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنّها تتلخص فى معنيين:

الأوّل: مطلق العهد والالتزام النفسانى سواء أكان بين شخصـين كالعقود، أم شـخص واحد كالحلف واليمين، وسواء أكان مشدداً لا يجوز فسخه والعدول عنه، أم غير مشدّد.

الثانى: خصوص العهد المؤكّد الذى يقتضى بحسب طبعه العمل بمقتضاه، وعدم الرجوع عنه، هذا بحسب اللغه.

الثانى: العقد فى الاصطلاح

اشاره

عباره عن إنشائين متلازمين إبتدائى ومطاوعى معقود أحدهما بالآخر فى وعاء الاعتبار، لا يتم ولا يؤثر واحد منها إلّا بالآخر، وفى كنز العرفان: العقد اسم للإيجاب والقبول. (۲)

ويلاحـظ عليه: الظاهر أنّ هـذا من مصاديق المعنى اللغوى، فاللفظ حقيقه فيه فى الشـرع والعرف، كما قال المحقق النائينى رحمه الله :

۱- (۱) . مجمع البيان: ۱۵۱/۳.

۲- (۲) . كنز العرفان: ۷۲/۲.

إنَّ معنى العقد لغه وعرفاً هو العهد المؤكّد. (۱)

ويؤيّده ما ورد فی صحيحه ابن سنان عن أبی عبد الله عليه السلام بأنّ المقصود من العقود فی الآيه العهود. (۲)

العقد فی القرآن الكريم

عبّر القرآن الكريم عن لفظ العقد فی موارد عديده من الآيات، وأراد منه المعنى اللغوی، وهو: الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما، وذلک ما نجده فی الآيات الشريفه:

أ) (وَ لا تَعْزِمُوا عُقْدَهَ النِّكاحِ حَتّى يَبْلُغَ الْكِتابُ أَجَلَهُ وَ اعْلَمُوا) . (۳)

ب) (أَوْ يَعْفُوَا الَّذِی بِيَدِهِ عُقْدَهُ النِّكاحِ) .

ج) (وَ الَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمانُكُمْ) .

د) يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) . وغيرها من الآيات.

لقد ذكر العلّامه الطباطبائی رحمه الله فی خصوص هذه الآيه الكريمه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قائلًا:

العقود جمع عقد وهو شدّ أحد شيئين بالآخر نوع شد يصعب معه انفصال أحدهما عن الآخر، كعقد الحبل والخيط بآخر من مثله، ولازمه التزام أحدهما الآخر، وعدم إنفكاكه عنه.

وقد كان معتبراً عندهم فی الأمور المحسوسه أوّلًا، ثمّ استعير فعمّم للأمور المعنويه كعقود المعاملات الدائره بينهم من بيع أو إجاره أو غير ذلک. (۴)

ويفهم من كلامه العقد له معنى واحد، مادی كما فی عقد الحبل ونحوه أو معنوی

۱- (۱) . منيه الطالب: ۸۹/۱.

۲- (۲) . تفسير القمّی، أوّل سوره: المائده.

۳- (۳) . الآيات بترتيب: البقره: ۲۳۵؛البقره: ۲۳۷؛النساء: ۳۳؛المائده: ۱.

۴- (۴) . تفسير الميزان: ۱۵۸/۵.

كعقد البيع والنكاح أو غيرهما، (وَ لا تَعْزِمُوا عُقْدَهَ النِّكاحِ حَتّى يَبْلُغَ الْكِتابُ أَجَلَهُ) . (۱)

و (وَ لا تَعْزِمُوا) العزم: عقد القلب على أمر تفعله.

عقده، العقده: من العقد وهو الشدّ. والتعبير فى الآيه وارد على تشبيه عقد النكاح بالعقده التى يعقد بها أحد الخيطين بالآخر بحيث يصيران واحداً بالاتّصال، وكأن علاقه الزواج تصير الزوجين واحداً متصلاً.

هذا هو الرباط المقدّس بين شخصين شاءت الظروف أن يرتبط كلّ منهما بالآخر ليدخلا الحياه من هذا المنطلق العاطفى والروحى معاً.

لذلك لا بدّ لهذا الاتصال من عقد يربط بين الطرفين المتعاقدين، شأن النكاح من هذه الجهه شأن بقيه العقود التى تقع بين طرفين.

وبهذا يكون عقد النكاح عقداً متميّزاً عن: الإيقاع، وهوالذى يكون الإنشاء فيه من طرف واحد كالطلاق، فإن فكّ الارتباط الزوجى والتخلّى عن هذه العلاقه، يحصل من جانب واحد، وهو الزوج؛ لأن الطلاق بيد من أخذ بالساق. ولولا الدليل الشرعى المذكور والذى أناط موضوع الطلاق بيد الزوج لما كان الطلاق من العمليات الإيقاعيّه بل كنّا نقول: بأنّه من العقود أيضاً، فيتوقف على قبول المرأه أيضاً.

أو نقول: أنّه من الإيقاعات، وحينئذ فيكون للمرأه أيضاً هذه الصلاحيّه، فبإمكانها أن توقعه أيضاً.

وعلى كلّ حال، فعقد النكاح شركه حياتيّه بين إثنين لذلك كان لكلّ طرف أن يعبر عن رأيه فى الالتزام بما تقتضيه هذه الشركه فكان تعاقداً، وبه كان للمرأه أن تقول كلمتها فى تأسيسه، وتحقيقه.

۱- (۱) . البقره: ۲۳۵.

الإیجاب والقبول اللفظیین

وحیث کان النکاح عقـداً یتحقّق بین طرفین فلا بـدّ لإنعقاد هـذا العقد من مبرّز لهذا الأمر الکامن فی النفس لإجماع جمیع الفرق الإسلامیّه علی العقد فی النکاح ولا بدّ من إجراء صیغه خاصه من طرف الموجب والقابل.

قال الشیخ البحرانی:

أجمع العلماء من الخاصّه والعامه علی توقف النکاح علی الإیجاب والقبول اللفظیین. (۱)

وقـد صـرّح الإمـام محمّـد بن علی البـاقر علیه السـلام عن قول الله عزّ وجـلّ: (وَ أَخَـذْنَ مِنْکُمْ مِیثاقـاً غَلِیظـاً) ، فقال علیه السـلام : «والمیثاق هو الکلمه التی عقد بها النکاح». (۲)

وتمام الآیه الکریمه هو قوله تعالی: (وَ إِنْ أَرَدْتُمُ اسْـتِبْدالَ زَوْجٍ مَکانَ زَوْجٍ وَ آتَیْتُمْ إِحْداهُنَّ قِنْطاراً فَلا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَیْئاً أَ تَأْخُذُونَهُ بُهْتاناً وَ إِثْماً مُبِیناً* وَ کَیْفَ تَأْخُذُونَهُ وَ قَدْ أَفْضی بَعْضُکُمْ إِلی بَعْضٍ وَ أَخَذْنَ مِنْکُمْ مِیثاقاً غَلِیظاً) . (۳)

إنّ هذا المیثاق هو الذی ربط بین قلبین لم تکن بینهما قبل ذلک أیّ رابطه خاصه، وأیّ التزام من طرف إزاء الطرف الآخر.

وهذا المعنی:

«منقول من عـدّه من مفسّـِری السـلف کـابن عبّـاس وقتاده، وأبی ملیکه والآیه لا تأباه بالنظر إلی أن ذلک حکم یصـدق علیه أنّه میثاق مأخوذ علی الرجال للنساء، وإن کان الأظهر أن یکون هو العقد المجری حین الزواج. (۴)

ص:۵۷

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۱۵۷/۲۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه، ب۱ من أبواب عقد النکاح، ح۴.

۳- (۳) . النساء: ۲۰ و ۲۱.

۴- (۴) . تفسیر المیزان: ۲۶۷/۴.

والتعبير القرآنی بوصف المیثـاق: (بـالغلظه) یعطینا الصوره المفخّمه لکلمه النکاح المؤلّفه من الإیجاب والقبول، وهی التی توثق عُری الحیاه الزوجیه لهذین الزوجین.

وقـد نلاحظ فی هـذا المجال أیضاً أنّ مفردتی: المیثاق الغلیظ لم تردا فی القرآن الکریم، إلّا فی عقـد النکاح ممّا یوحی بالأهمیّه الکبری التی یولیهـا الله سـبحانه للعَلاـقه الزوجیّه بمـا لا یولیه لأیه علاقه أخری؛ لأن أیّ علاقه إنسانیّه فی الموارد الأخری تختصّ بجانب من جوانب الحیاه الخاصّه للطرفین.

بینما تمثّل علاقه الزواج انـدماجاً روحیّاً وجسدیّاً فی کلّ المدی الزمنی الذی تلتصق حیاتهما فیه فی المفردات الصـغیره والکبیره، وأضـفی الله سبحانه وتعالی علی عقد الزواج من القداسه ما أبعده عن کلّ العقود کعقد البیع والإجاره وما إلیهما؛ لأنّ البیع مبادله مال بمال؛ أمّا الزواج فمبادله روح بروح، وعقده عقد رحمه وموده لا عقد تملیک للجسم بدلاً عن المال.

ومن هنا قال الفقهاء:

إنَّ عقـد الزواج أقرب إلی العبادات منه إلی عقود المعاملات والمعاوضات ومن أجل هذا یجرونه علی اسم الله وکتاب الله وسـنه رسول الله صلی الله علیه و آله وسیره الأئمه الطاهرین علیهم السلام .

قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«أخذتموهنَّ بأمانه الله واستحللتم فروجهنَّ بکلمه الله». (۱)

ولا کلام یستباح به فرج المرأه إلّا الإیجاب والقبول.

إذاً: فالإیجـاب والقبول فی ذاتهما یکشـفان عن إسـتعداد کل من الموجب والقابل لیکون طرفاً فی هـذه الاتفاقیّه الروحیّه، وعـدم تخلّفه عن ذلک، وبهذا المقدار لم یخالف أحد من الفقهاء من جمیع المذاهب.

۱- (۱) . انظر: التبیان فی تفسیر القرآن: ۱۵۴/۳؛ صحیح مسلم: ۴۲/۴.

المبحث السادس: اعتبار اللفظ فی عقد النکاح

اشاره

والکلام هنا فی مقامین:

أوّلاً: اعتبار أصل اللفظ فی العقد

إنَّ العقـد یحتـاج فی تحقّقه إلی الإنشـاء والإـبراز، فلاـ یکفی التراضـی النفسانی، بل لا بـدَّ من العقـد اللفظی الـذی فیه الإیجاب والقبول، فلا یصحّ إنشائه بالفعل، فیصحّ النکاح معاطاه، بل یعتبر أن یکون الإنشاء باللفظ.

فقد أجمع الفریقان علی اعتبار الصیغه فی العقد، ففی الحدائق:

أجمع العلماء - من الخاصّه والعامّه - علی توقّف النکاح علی الأیجاب والقبول اللفظیین. (۱)

وفی مستند النراقی:

یجب فی النکاح الصیغه باتفاق علماء الإسلام بل الضروره من دین خیر الأنام. (۲)

وقال الشیخ الأنصاری:

أجمع علماء الإسلام - کما صرح غیر واحد (۳) - علی اعتبار الصیغه فی عقد

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۱۵۶/۲۳.

۲- (۲) . مستند الشیعه: ۸۴/۱۶.

۳- (۳) . منهم: العاملی، فی نهایه المرام: ۲۰/۱؛ ریاض المسائل: ۶۸/۳؛ الحدائق الناظره: ۱۵۶/۲۳.

النكاح، وإنّ النكاح لا يباح الإباحه ولا المعاطاه وبذلک یمتاز النكاح عن السفاح، لأن فيه التراضى أيضاً غالباً. (۱)

وهـذا الإجمـاع يصـل إلى حـدّ التسـالم على اعتبـار إنشـاء العقـد باللفظ؛ ولـذا معه لا مجال للتشـكيك فى هـذا الأمر، وليس فى النصوص ما فيه دلاله على عدم اعتبار الإنشاء اللفظى فى العقد.

قال الشهيد الثانى عند عباره الشهيد الأوّل: «العقد فالإيجاب زوّجتک وأنكحتک ومتعتک لا غير»:

أمّا الأوّلان فموضع وفاق وقد ورد بها القرآن فى قوله تعالى: (زَوَّجْناكَها) ۲ ، (وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ) . (۲)

وأمّا الأخير، فاكتفى به المصنّف وجماعه؛ لأنّه من ألفاظ النكاح لكونه حقيقه فى المنقطع وإن توقف معه على الأجل. (۳)

وقد استدلّ على عدم جريان المعاطاه فى النكاح:

بأنَّ الفعل فيه ملازمه لضـدّه، وهو الزنا، بل هو مصـداق له حقيقه ومن البيّن الذى لا ريب فيه أنّه لا يمكن إنشاء شـىء من الأمور الإنشائيّه بضده. (۴)

ونوقش الاستدلال بمايلى:

إنَّ كون الفعـل ضـد للنكـاح إنّمـا هو من ناحيه أنّ الشارع قـد اعتبر فى عقـد النكاح مبرزاً خاصا، وهو اللفظ، وعليه فالزوجيّه فى نفسها، مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصا، قابلًا للإنشاء بالفعل.

وعليه فيكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشايع.

فغايه الأمر:

۱- (۱) . النكاح: ۷۷.

۲- (۳) . النساء: ۲۲.

۳- (۴) . شرح اللمعه: ۱۰۸/۵.

۴- (۵) . انظر: مصباح الفقاهه: ۱۹۲/۲.

أنّه لا تحصل الزوجيّه فى نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفى نظر العقلاء. (۱)

وعليه: فالقاعده يمكن أن يقع النكاح معاطاتياً؛ لأن العقود كما تقع بالإنشاء اللفظى تقع بالإنشاء الفعلى، وهو من مصاديق العقود.

وأما النكاح، فخروجه عن القاعده للإجماع بإيجاد الصيغه، ولا ـ يكفى الإنشاء الفعلى فالإيجاب بلفظ: زوّجتك وانكحتك والقابل بلفظ: قبلت التزويج أو قبلت النكاح.

ثانياً: اعتبار اللفظ الخاص فى العقد

اشاره

فنتكلم فيه فى فرعين:

الأوّل: ألفاظ الإيجاب

اتّفق الفقهاء على أنّ الإيجاب فى العقد الدائم يقع بلفظ: زوّجت وانكحت، بل قال جماعه من الفقهاء: لا يقع إلّا بهذين اللفظين.

قال الشيخ الطوسى:

لا ينعقد عقد الدوام إلّا بلفظين: زوّجتك وأنكحتك. (۲)

وبه قال ابن الجنيد والسيّد المرتضى (۳) ،وأبو الصلاح (۴) وابن إدريس. (۵)

واستدلّ على ذلك:

قال تعالى: (فَلَمّا قَضى زَيْدٌ مِنْها وَطَراً زَوَّجْناكَها) . (۶)

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . المبسوط: ۱۹۳/۴.

۳- (۳) . الناصريات: ۱۵۲.

۴- (۴) . الكافى فى الفقه: ۲۹۳.

۵- (۵) . السرائر: ۵۷۴/۲.

۶- (۶) . الأحزاب: ۳۷.

وبقوله تعالى: (وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ إِلاّ ما قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كانَ فاحِشَةً وَ مَقْتاً وَ ساءَ سَبِيلًا) . (۱)

فإن المراد منه العقد هنا للإجماع على تحريم من عقد عليها الأب على إبنه وإن لم يدخل بها الأب. (۲)

أمَّا لفظ متعتک هل ينعقد به أم لا؟

قولان:

الأوّل: وهو صريح المحقّق حيث قال:

فالنكاح يفتقر إلى إيجاب وقبول دالين على العقد الرافع للاحتمال، والعباره عن الإيجاب زوّجتک وأنكحتک وفى متعتک تردد وجوازه أرجح. (۳)

وظاهر العلامه حيث قال:

وألفاظ الإيجاب: زوّجتک، وأنكحتک، ومتّعتک. (۴)

حيث أنّه اكتفى بلفظ متعتک.

والاستدلال فيما ذهب إليه:

هو أنَّ المستفاد من الأخبار أنّ المعتبر من الألفاظ فى العقود ما دلَّ على المطلوب والمقصود، ولفظ متعتک من الألفاظ الدالّه على هذا المعنى.

ويعضد ذلک مادلَّ عليه الخبر، وقال به جمله من الأصحاب من أنّه لو تزوّج متعه وأخل بذكر الأجل انقلب دائماً، وذلک فرع صلاحيّه الصيغه له، فإنّه لو لم يكن الصيغه صالح لذلک لما لزم الانقلاب.

ويؤيّد ذلک أيضاً عدم ورود لفظ مخصوص من الشارع لذلک مع عموم البلوى

۱- (۱) . النساء: ۲۲.

۲- (۲) . الحدائق الناظره: ۱۵۷/۲۳.

۳- (۳) . شرائع الإسلام: ۴۹۸/۲.

۴- (۴) . قواعد الأحكام: ۹/۳.

بهذا الحكم وشده الحاجه إليه، بل المستفاد من الأخبار الوارده فى الباب وغيره هو إتساع الدائره فى العقد. (1)

الثانى: اختيار العلّامه فى جمله من كتبه، حيث قال: «للإيجاب صيغتان زوّجتك وأنكحتك وفى متعتك إشكال». (2)

واختاره الشهيد الثانى فى المسالك ونقله عن الأكثر على عدم الاكتفاء بلفظ متعتك. (3)

والاستدلال على ذلك: ما احتجّ به العلّامه فى المختلف على ما ذهب إليه من المنع أنَّ الأصل عصمه الفروج عن الغير، خرج منه ما أجمعوا عليه من الصيغ فيبقى الباقى على المنع الأصلى إلى أن يثبت الدليل على التحليل.

ولأنّ المتعه حقيقه فى النكاح المنقطع فى العرف الشرعى، فيكون مجازاً فى الدائم لأصاله عدم الاشتراک.

ولا يكفى فى صيغ العقود ما يدل على المجاز، وإلّا لم تنحصر الألفاظ وهو باطل إجماعاً. (4)

ويلاحظ عليه: بمنع كون اللفظ المذكور حقيقه فى العقد المنقطع؛ لأنّ أصل اللفظ صالح للنوعين فيكون حقيقه فى القدر المشترک بينهما، ويتميزان بذكر الأجل وعدمه.

والذى نعتقده إنَّ متعتک متعلقه بمعنى واحد؛ لأنَّ الزمان ليس دخيلاً فى حقيقه الزوجيّه فيكون من باب الاشتراک المعنوى، وليس كلمه: متعتک موضوعه للمنقطع ومجاز فى الدائم، فإذا جاء الإيجاب بلفظ متعتک احتاج إلى قرينه تعين أحد المعنيين؛ أمّا من حيث الدوام أو تعيين الأجل وإنّما حقيقه فيهما معاً.

۱- (۱) . انظر: الحدائق الناظره: ۱۵۷/۲۳.

۲- (۲) . المختلف: ۱۰۶/۷؛ التحرير: ۴/۲.

۳- (۳) . المسالک: ۵۸/۷.

۴- (۴) . لاحظ: المختلف: ۱۰۶/۷.

الثانی: ألفاظ القبول

أمّا القبول، فیکفی اللفظ الدال علی الرضا صراحه، مثل: قبلت ورضیت. قال صاحب الجواهر:

لا خلاف ولا إشکال فی حصول الرضا بهذین اللفظین. (۱)

وإذا قالت له: زوّجتک نفسی، وقال: قبلت النکاح، أو قالت: أنکحتک نفسی، وقال: قبلت الزواج، صحّ بداهه قیام الألفاظ المترادفه بعضها مقام بعض، کما لا خلاف ولا إشکال فی أنّه یجوز الاقتصار علی: قبلت، کغیره من العقود.

ولا یکفی مجرد التراضی القلبی، ولا الکتابه ولا الإشاره المُفْهمه لمن یستطیع النطق.

وورد فی جامع المقاصد:

أنّه لا ریب عندنا فی أنّ الکتابه لا تکفی فی ایقاع عقد النکاح، وقد علّل وجه عدم صحّه العقد فی الکتابه؛ لأنّها من الکنایات ولا یقع النکاح بالکنایات. (۲)

وقد نوقش هذا التعلیل، وناقشه السیّد الحکیم بقوله:

فإن الکتابه لیست من الکنایه فی شیء، ولامانع من الکنایه إذا کانت واضحه الدلاله. (۳)

ویلاحظ علیه: أنّه علی فرض قیام الإجماع علی العقد اللفظی فلا مجال للکنایه حتّی ولو کانت واضحه الدلاله؛ لأنّ المیزان فی العقد اللفظی أخذ بنحو الموضوعیه والسببیّه دون الطریقیّه وتصحّ الکتابه فی فرض الطریقیّه دون الموضوعیّه.

وبعباره أخری: إنّ النظر إلی الألفاظ والکتابه إن کان بما لها من نوع الحکایه والطریقیه لمدلول الإیجاب والقبول فتکون الألفاظ والکتابه فی صراط واحد من حیث الطریقیّه، وإن کان النظر إلی کون الإیجاب والقبول أخذ اللفظ فیهما بنحو الموضوعیّه، فلا یصح إتیان الکتابه عندئذٍ والأدلّه کانت ناظره إلی جهه الموضوعیّه والسببیّه فیهما دون الطریقیّه.

۱- (۱) . جواهر الکلام: ۳۴۸/۲۷.

۲- (۲) . جامع المقاصد: ۷۷/۱۲.

۳- (۳) . مستمسک العروه الوثقی: ۳۷۶/۱۴.

المبحث السابع: الإشهاد فی العقد

اشاره

من المسائل التی حصل الخلاف فیها بین الشیعه والسنه هی مسأله الإشهاد فی النکاح، فالشیعه یرون النکاح صحیحاً لو وقع العقد بـدون شـهود، وفی الوقت نفسه لایرون وجود الشـهود ممنوعاً عنه، بل لا یرون لزومه فی العقد بینما یری فقهاء المذاهب الأخری لزومه.

أدلّه القائلین بعدم ضروره الإشهاد فی النکاح

ویستدلّ القائل بعدم لزوم الإشهاد:

أوّلًا: من الکتاب

بإطلاـق الآیات الکریمه فی قوله تعالی: (وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلاّ تُقْسِـطُوا فِی الْیَتامی فَانْکِحُوا ما طابَ لَکُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنی وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاّ تَعْـدِلُوا فَواحِدَهً أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ ذلِکَ أَدْنی أَلاّ تَعُولُوا) ۱ ، وقوله تعالی: (وَ أَنْکِحُوا الْأَیامی مِنْکُمْ وَ الصّالِحِینَ مِنْ عِبادِکُمْ وَ إِمائِکُمْ إِنْ یَکُونُوا فُقَراءَ یُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِیمٌ) ۲ ، وقوله تعالی: (وَ لا

جُناحَ عَلَيْكَمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ) . (۱)

وعندما نلاحظ الآيات نجدها مطلقه ولم تقيد ذلک الإطلاق بلزوم الإشهاد ولو كان لازماً لذكر، مع أن النكاح ممّا يترتّب عليه الأنساب والتوارث، ومع ذلک كلّه لم يشترط فيه.

ثانياً: من السنه

روى عن سهل بن سعد الساعدى إنّ امرأةً أتت النبى صلى الله عليه و آله ، وقالت: يا رسول الله إنى وهبت لک نفسى وقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لک بها حاجه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله : «هل عندک شيء تصدّقها ايّاه؟». فقال: ما عندى إلّا إزارى هذا، فقال: «إن أعطيتها إزارک جلست بلا إزار التمس، ولو خاتماً من حديد». فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله : «هل معک من القرآن شيء؟». قال: نعم سوره كذا، وسوره كذا سور سمّاها. فقال رسول الله صلى الله عليه و آله : «زوّجتک بما معک من القرآن». (۲)

وروى أنّ جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله صلى الله عليه و آله آمنه بنت عبد المطلب فزوجه إيّاها ولم يشهد. (۳)

الاستدلال: يمكن من هاتين الروايتين نلاحظ أن الرسول صلى الله عليه و آله لم يشترط حظور جماعه على الإشهاد، ولو كان ثابتاً لأمر بإحضار الشهود حين العقد.

ص:۶۶

۱- (۱) . الممتحنه: ۱۰.

۲- (۲) . قال الشهيد الثانى فى: المسالک: ۴۴۳/۲، كما ورد فى خبر سهل الساعدى المشهور بين العامّه والخاصّه، ورواه كل منهما فى الصحيح، إلّا أنّا لم نقف عليه بهذا المعنى فى مصادر حديثنا، نعم، ورد بتفاوت ميرزا حسين، النورى، مستدرک الوسائل: ۳۱۳/۱۴ وأحمد بن شعيب، النسائى، السنن الكبرى: ۴۳۴/۶.

۳- (۳) . المؤتلف من المختلف بين أئمه السلف: ۱۱۴/۲ مسأله: ۱۳.

وصحیحه حفص بن البختری عن الإمام أبی عبد الله الصادق علیه السلام فی الرجل یتزوّج بغیر بیّنه؟ قال: «لا بأس». (۱)

علی أن ما ذکر فی الأخبار لتقییده بالإشهاد غیر صالح لمناقشته من حیث السند، کما سیأتی التعرض لذلک.

ولو تتبعنا الوقائع التاریخیّه نری النبی الأکرم صلی الله علیه و آله زوّج کثیراً من النساء، ولم یشترط حضور الشهود فی تلک العقود، ولا شکّ أنّ عمله صلی الله علیه و آله حجّه یِؤخذ به؛ لأنّ السنه هی: فعل المعصوم، وقوله، وتقریره، فالجمیع سنه وحجّه.

أما فقهاء أهل السنه، فإنّهم لا یجیزون نکاح السّر والإخفاء، بل لا بدّ للعقد عندهم من شاهدین یسمعانه لیشتهر النکاح بهذه العملیّه فیؤمن من التدخل بالأنساب، وقد استندوا لما ذهبوا إلیه علی الأدلّه التالیه:

أدلّه القائلین بضروره الإشهاد فی النکاح

من الکتاب

یستفاد ذلک لدخول النکاح تحت عنوان العقود وقد أمر الکتاب بالإشهاد علیها والنکاح من جمله العقود ذات الأثر الکبیر فی حیاه الأسره فیکون أولی من بقیه العقود، فالنکاح عقد لا یقل أهمیه عن عقد المداینه، أو أیّ عقد من عقود المعاوضات، وقد ورد ما دلَّ علی طلب الإشهاد علی عقد المداینه، أو بعض عقود المعاوضات.

فقد قال الله تعالی: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْداهُما فَتُذَکِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْری) . (۲)

۱- (۱) . الکافی: ۵، باب التزویج بغیر بینه ح۳؛وسائل الشیعه:۱۴، ب۴۳ من أبواب مقدمات النکاح، ح ۴.

۲- (۲) . البقره: ۲۸۲.

وعقد النكاح لا يقلّ أهميّه عن العقود التى طلب الله فيها من العاقدين الإشهاد عليها، بل هو أعظم منها.

إذاً فلصيانته عن حلول الجحود، ولإعلان أمره بين الناس يكون الإشهاد عليه مأموراً به، من باب أولى، فهو عقد يتعلّق بالأعراض، والأنساب ويبتنى عليه أحكام باقيه ببقاء الزمن.

ويرّد هـذا الـدليل: بأنّ النكاح صـحيح أنّه من العقود التى لا تقلّ أهميّه عن بقيّه العقود كعقـد البيع، والمداينه، وغيرهما.... إلّا أنّ لزوم الإشهاد فى بقيّه العقود كالمداينه، والبيع أوّل الكلام ليقاس عليها النكاح فضلاً عن أن يكون الإشهاد فيه أولى.

وقد استدلّ هذا القائل بالآيه الكريمه: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ) .

ولمناقشه هذه الآيه الكريمه وتبيين ما تضـمّنتهُ حول الإشـهاد على المداينه ليس أمراً وجوبياً، لا بدّ لنا من ذكرها كامله لمزيد من الوضوح.

قـال تعـالى: (يـا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا تَـدايَنْتُمْ بِـدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَـمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَـدْلِ وَ لا يَأْبَ كاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمـا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لْيُمْلِلِ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لا يَبْخَسْ مِنْهُ شَـيْئاً فَـإِنْ كـانَ الَّذِى عَلَيْهِ الْحَقُّ سَـفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْـتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَـداءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْـداهُما فَتُـذَكِّرَ إِحْداهُمَا الْأُخْرى وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا وَ لا تَسْـئَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَـغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلى أَجَلِهِ ذلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْـدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمُ لِلشَّهادَهِ وَ أَدْنى أَلاّ تَرْتابُوا إِلاّ أَنْ تَكُونَ تِجارَهً حاضِـرَهً تُدِيرُونَها بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنـاحٌ أَلاّ تَكْتُبُوها وَ أَشْـهِدُوا إِذا تَبايَعْتُمْ وَ لا يُضَارَّ كاتِبٌ وَ لا شَـهِيدٌ وَ إِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ يُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْ ءٍ عَلِيمٌ) . (١)

١- (١) . البقره: ٢٨٢.

وحیث نلاحظ الآیه الکریمه فإنّا نری أن الأمر بالإشهاد، والکتابه ورد فی ثلاثه موارد:

۱. فی قوله تعالی: (إِذا تَدایَنْتُمْ بِدَیْنٍ إِلی أَجَلٍ مُسَمًّی فَاکْتُبُوهُ)

۲. فی قوله تعالی: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ)

۳. فی قوله تعالی: (وَ أَشْهِدُوا إِذا تَبایَعْتُمْ)

ولکن الأمر فی جمیع هذه الموارد الثلاث محمول علی الاستحباب لا الوجوب حتّی قال الفخر الرازی فی تفسیره لهذه الآیه، فی أنّ الأمر بالکتابه والإشهاد محمول علی الاستحباب:

علی هذا جمهور الفقهاء المجتهدین، والدلیل علیه: أنّا نری جمهور المسلمین فی جمیع دیار الإسلام یبیعون بالأثمان المؤجله من غیر کتابه، ولا إشهاد، وذلک إجماع منهم علی عدم وجوبهما، ولأنّ فی إیجابهما أعظم التشدید علی المسلمین والنبی صلی الله علیه و آله یقول: «بعثت بالحنفیّه السهله السمحه». وقال قوم: بل کانت - الکتابه، والإشهاد واجبه، إلّا أنّ ذلک صار ممسوخاً لقوله تعالی: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُکُمْ بَعْضاً فَلْیُؤَدِّ الَّذِی اؤْتُمِنَ أَمانَتَهُ) ۱ ، وقال التیمی: سألت الحسن عنها فقال: إن شاء أشهد وإن شاء لم یشهد ألا تسمع قوله تعالی: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُکُمْ بَعْضاً) . (۱)

وقال الشیخ الطوسی من الشیعه الإمامیّه عن کون الأمر فی الکتابه، والإشهاد فی هذه الآیه محمول علی الاستحباب:

فإنّه أصح من حمله علی الفرض - الوجوب - لإجماع أهل عصرنا علی ذلک. (۲)

إذاً: فلیست الآیه الأمر فیها بالکتابه، والإشهاد محمول علی الوجوب لیقاس علیه الأمر.

۱- (۲) . التفسیر الکبیر عند تفسیره الآیه: ۲۸۲ من سوره البقره.

۲- (۳) . التبیان فی تفسیر القرآن، عند تفسیره لآیه ۲۸۲ من سوره البقره.

من السنّه

وقد استشهد القائل بضروره الإشهاد بروايات:

منها: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله من قوله:«البغايا اللاتى ينكحن أنفسهنَّ بغير بيّنه». (1)

ومنها: قوله صلى الله عليه و آله : «لا نكاح إلا لوليّ وشاهدى عدل». (2)

وقد ذكر السمرقندى الحنفى فى تحفه الفقهاء ما ذكر بهذا المعنى أحاديث مختلفه نقلها عن أحد عشر صحابياً، ثمّ ناقشها وأسقطها عن الاعتبار،

كما وأنَّ الشوكانى ناقشها أيضاً. (3)

وعندما نستعرض هذه الأخبار نجد أهمّها حديث:

«لا نكاح إلّا بولىّ وشاهد عدل».

وقد روى هذا الحديث من طرق أهل السنّه، ومن طرق الشيعه أيضاً. (4)

وقد صرح البعض من رواه أهل السنّه بأنّه لا مخالف له من الصحابه.

ومع ذلك فقد نوقش من قبل الفقهاء العامّه وحمله فقهاء الشيعه الإماميّه على الاستحباب فى هذا الجانب، نظير ما جاء فى قوله صلى الله عليه و آله : «لا صلاه لجار المسجد إلا فى المسجد». (5)

وينفرد المذهب المالكى عن بقيه المذاهب العامّه الأخرى القائله بلزوم الإشهاد بأن الشرط فى العقد هو الإعلان للعقد دون الإشهاد عليه، حتّى أنّه لو تزوج الرجل المرأه بحضور الشهود، وشرط الكتمان، فإنّ مثل هذا النكاح لا يجوز عندهم لعدم

١- (١) . السنن الكبرى: ١٢۶/٧؛ سنن الترمذى: ٢٨۴/٢.

٢- (٢) . المغنى: ٣۴٠/٧؛ كشف القناع:۵٧/۵؛ تحفه الفقهاء: ١٣١/٢.

٣- (٣) . نيل الأوطار: ٢۴٩/۶.

۴- (۴) . مستدرك الوسائل: ٣١٧/١۴.

۵- (۵) . انظر: الناصريات: ٣٢١.

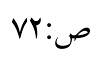
إعلانه بين الناس - وفى الوقت نفسه - تراهم يجيزون العقد لو حصل بغير شهود ولكنه أعلن وشوهد.

وبعباره أوضح: المهمّ عند المالكيّه هو إعلانه لا حضور الشهود مجلس العقد.

ولفقهاء أهل السنّه خلاف فى أنّ هذا الشرط - وهو الإشهاد، هل هو: شرط تمام يؤمر به عند الدخول، ومعنى ذلك: أنَّ العقد يحصل بدونه، أو هو شرط صحّه يؤمر به عند العقد، ومعناه: أنّه لو لم يحصل لايتحقّق العقد. (۱)

وقد تحصَّل من ذلك أنّه لا يعتبر الإشهاد فى صحّه عقد النكاح لأصاله عدم الوجوب والاشتراط وعدم دليل صالح عليه، نعم، يستحبّ الإعلان والإشهاد.

۱- (۱) . بدايه المجتهد: ۱۵/۲.



المبحث الثامن: استحباب النكاح وأهمّيته والسعى فيه

تعريف النكاح

أوّلاً: تعريف النكاح لغةً

النكاح فى اللغه: الوط ء على الأشهر، وحكى الإجماع عليه فى المختلف (۱)، بمعنى: اتّفاق أهل اللغه.

قال ابن منظور:

وورد أيضاً بمعنى الوط ء، فيقال: نكحها ينكحها: باضعها، أى: جامعها ووطأها. (۲)

وقال الأزهرى:

أصل النكاح فى كلام العرب الوط ء، وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب للوط ء المباح. (۳)

ص:۷۳

۱- (۱) . مختلف الشيعه: ۳۵/۷.

۲- (۲) . لسان العرب: ۶۲۵/۲.

۳- (۳) . هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحه الأزهرى الهروى، مشهور فى اللغه، كان فقيهاً شافعياً، غلبت عليه اللغه فاشتهر بها، ولد سنه ۲۸۲ وتوفى ۳۷۰، له مصنفات منها: تهذيب اللغه، والتقريب فى التفسير. انظر: الذهبى، سير أعلام النبلاء: ۳۱۵/۱۶؛ وفيات الاعيان: ۳۳۴/۴ و ۳۳۵.

وقال ابن فارس:

(نكح) النون والكاف والحاء أصل واحد وهو البضاع، ونَكَح ينكِح أى بكسر الكاف، وامرأه ناكح فى بنى فلان، أى: ذات زوج منهم. (۱)

وقال الجوهرى:

النِّكاح: الوط ء، وقد يكون العقد، تقول: نكحتها، ونكحت هى، أى: تزوجت، وهى ناكح فى بنى فلان، أى: هى ذات زوج منهم. (۲)

وقال الفيروزآبادى:

النِّكاح الوط ء والعقد له، نكح كمنع وضرب. (۳)

وقال الزبيدى شارحاً تلك العباره:

النِّكاح بالكسر فى كلام العرب الوط ء فى الأصل، وقيل: هو العقد له، وهو التزويج، لأنَّه سبب للوط ء المباح. (۴)

وقال ابن منظور:

نكح فلان امرأه ينكحها نكاحاً إذا تزوجها، ونكحها ينكحها: باضعها أيضاً. (۵)

وهذا بعض ما قاله علماء اللغه فى معنى: النكاح، آثرت نقل جمل من أهمها. وفيما يظهر لى؛ لأنّهم أهل الفن، وكما قيل: أهل مكه أدرى بشعابها، ومنها يتّضح أنّ القدر المشترك بين تلك الأقوال جميعاً ثبوت استعمال لفظ النكاح فى كلٍّ من الوط ء، وعقد التزويج، وهذا ممّا لا خلاف فيه، فيما أعلم.

۱- (۱) . البِضاع: بكسر الباء الموحده: هو الجماع. ومنه المثل: (كمعلِّمه أمِّها البِضَاع) يضرب لمن يعلّم من هو أعلم منه. انظر: ماده (بضع)، مقاييس اللغه:۲۵۵/۱ و ۲۵۶.

۲- (۲) . الصحاح:۴۱۳/۱.

۳- (۳) . القاموس:۲۶۳/۱.

۴- (۴) . تاج العروس:۲۴۲/۲.

۵- (۵) . لسان العرب:۶۲۵/۲.

ثانياً: تعريف النكاح شرعاً

وأمّا حقيقه النكاح شرعاً فقيل فيها أربعه أقوال.

القول الأوّل: أنّه حقيقه فى الوط ء دون العقد.

وهذا ما ذهب إليه العلّامه الحُلّى حيث قال:

الإجماع عليه على أنّ النكاح فى اللغه بمعنى الوط ء، والاطلاق على العقد مجاز بعلاقه السببيه. (1)

ودليل هذا القول: أنّ الأصل فى استعماله لغهً إنّما هو فى الوط ء كما قاله الأزهرى وغيره من أهل اللغه، فيكون كذلك فى الشرع لأصاله البقاء وعدم النسخ والتغير، وقد استعمل فيه قوله تعالى: (فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّاَ تَعْدِلُوا فَواحِدَهً) ۲ ، وغير ذلك من الآيات، بل نقول: أنّه لما كان حقيقه فى الوط ء لم يكن حقيقه فى غيره وإلّا لزم الاشتراك والأصل عدمه.

واستعماله فى العقد فى نحو قوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ) ۳ مجاز؛ لأنّه خير من الاشتراك.

ووجه حسن المجاز: أنّ العقد يؤدّى إلى الوط ء، فأشبه العله، فحسن التجوّز.

ولو سلم أنّه حقيقه فيه لكان حقيقه شرعيه، فلا يمنع من استعماله فى حقيقته اللغويّه، بل قد استعمل كما بيناه. (2)

وبه قالت الحنفيه:

وأختاره بعض الحنابله، وهو أحد الأوجه عند الشافعيه. (3)

۱- (۱) . مختلف الشيعه:۵۶/۷.

۲- (۴) . مختلف الشيعه: ۵۶/۷.

۳- (۵) . انظر للحنفيه: المبسوط: ۱۹۲/۴؛ البحر الرائق: ۸۲/۳، وللحنابله: المغنى: ۳۳۳/۷؛ الإنصاف: ۴/۸؛ وللشافعيه: فتح البارى: ۱۰۳/۹؛ مغنى المحتاج: ۱۲۳/۳.

القول الثانی: أنّه حقیقه فی العقد دون الوط ء.

وهذا ما ذهب إلیه الفاضل الهندی، حیث قال:

وفی الشرع حقیقه فی العقد علی الأشهر، ونفی ابن إدریس (۱) عنه الخلاف. (۲)

ومن أدلّه هذا القول ما یلی:

أوّلًا: أنَّ لفظ النکاح بمعنی التزویج أکثر وأشهر استعمالاً فی القرآن ولسان أهل العرف، کما فی قوله تعالی: (وَ أَنْکِحُوا الْأَیامی مِنْکُمْ وَ الصّالِحِینَ مِنْ عِبادِکُمْ وَ إِمائِکُمْ) . (۳)

والوط ء إنّما یجوز بالعقد، لا بالإذن المجرد عنه، بل قیل:

أنّه لم یرد فی القرآن إلّا بمعنی العقد (۴) إلّا قوله تعالی: (حَتّی تَنْکِحَ زَوْجاً غَیْرَهُ) . (۵)

ثانیاً: ولأنّه یصح نفی النِّکاح عن الوط ء، فیقال: هذا سفاح لا نکاح، وصحّه النفی دلیل المجاز. (۶)

وبه قالت الشافعیه والحنابله وظاهر صنیع بعض المالکیه یدل علی اعتماده فی المذهب. (۷)

القول الثالث: أنّ النکاح حقیقه فی کلٍّ من الوط ء والعقد، أی: أنّه مشترک لفظی بین الوط ء والعقد، ویتعیَّن المقصود منهما بالقرینه؛ لأنّ الشرع تارهً یستعمله فی العقد، وتارهً یستعمله فی الوط ء بدون أن یلاحظ فی الاستعمال هجر المعنی

۱- (۱) . السرائر: ۵۲۴/۲.

۲- (۲) . کشف اللثام: ۶/۷.

۳- (۳) . النور: ۳۲.

۴- (۴) . الکشّاف: ۲۱۲/۳.

۵- (۵) . البقره: ۲۳۰.

۶- (۶) . انظر: کشف اللثام: ۶/۷.

۷- (۷) . انظر للشافعیه: شرح النووی علی مسلم: ۱۷۲/۹؛ فتح الباری: ۱۰۳/۹. وللحنابله: المغنی: ۱۲۳/۷؛ الإنصاف: ۴/۸. وللمالکیه: شرح الزرقانی علی الموطأ: ۱۲۴/۳.

الأوّل، وذلک یدلّ علی أنّه حقیقه فیهما. (۱)

وهذا قول لبعض الحنابله:

إنّه ظاهر ما نقل عن أحمد بن حنبل (۲)، وهو أحد الأوجه عند الشافعیه. (۳)

قال الحافظ فی الفتح:

وهو الذی یترجّح فی نظری وإن کان أکثر ما یستعمل فی العقد. (۴)

ودلیل هذا القول أنّه ثبت الاستعمال فی اللغه والشرع بمعنی الوط ء والعقد، والأصل فی الاطلاق الحقیقه. (۵)

القول الرابع: أنّه حقیقه فیهما معاً. أی من الألفاظ المتواطئه.

وبهذا قال بعض الحنابله، وما نقل عن أحمد یحتمله ویحتمل الاشتراک. (۶)

وتوجیه هذا القول:

أنّ القول بالتواطؤ أولی من القول بالاشتراک والمجاز، لأنّهما خلاف الأصل. (۷)

هذه أهمّ الأقوال فی حقیقه النکاح لغهً وشرعاً.

وفی خاتمه هـذا البحث لا بـدّ من قول وهو أری أنّ أصل النکاح، بمعنی: الضم والاختلاط. یقال: نکح المطر الأرض، إذا اختلط بثراها، وتناکحت الأشجار إذا انضم بعضها مع بعض.

فکأنَّ کل واحد من الرجل والمرأه فرد، فإذا تزوّج أحدهما بالآخر صار

۱- (۱) . انظر: جواهر الکلام: ۵/۲۹، الفقه علی المذاهب الإسلامیه ومذهب أهل البیت: ۱۳/۴.

۲- (۲) . المبدع: ۴/۷؛ الإنصاف: ۵/۸.

۳- (۳) . شرح النووی علی مسلم: ۱۷۲/۹؛ مغنی المحتاج: ۱۲۳/۳.

۴- (۴) . فتح الباری: ۱۸۶/۹.

۵- (۵) . انظر: فتح القدیر: ۱۸۷ - ۱۸۵/۳.

۶- (۶) . الإنصاف: ۵/۸؛ المبدع: ۴/۷.

۷- (۷) . الإنصاف: ۶/۸.

زوجاً بضم الآخر إليه، ويطلق على العقد باعتبار كونه سبباً لاختلاط أحد الزوجين مع الآخر بالوجه الشرعى، ويطلق على الوط ء باعتبار كونه من لوازم الانضمام والاختلاط، فالحقيقه واحده والاختلاف بالاعتبار، وقد استعمل فى كل منهما:

أوّلاً: من الكتاب

١. قوله تعالى: (وَ إِنْ خِفْتُمْ أَلاّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتامى فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ) ١ ، ويراد بالمناكحه هنا هو: الوط ء والتقارب الجنسى بين الزوجين.

٢. قوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِناتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ) . (١) ويقصد بالنكاح هنا: العقد دون ملاحظه الاتّصال الجنسى.

ثانياً: من السنّه

١. ففى الحديث عن نبينا الأعظم صلى الله عليه و آله : «ولدت من نكاح لا من سفاح». (٢)

أى: مِن وط ء حلال، لاحرام.

٢. قول النبى صلى الله عليه و آله : «انكح وعليك بذات الدين» (٣) ،فإنّه يدل على الوط ء دون النظر إلى جهه العقد.

وبعد ذلك لا وجه للنزاع فى كون هذا اللفظ حقيقه فى الوط ء أو العقد، فإنّه استعمل فى المعنى الجامع، وهما من مظاهر ذلك.

١- (٢) . الاحزاب: ۴٩.

٢- (٣) . الدرّ المختار: ٢٠٢/٣؛ المغنى: ٣٣٣/٧.

٣- (۴) . الكافى: ٣٣٢/۵.

ثالثاً: معنى النكاح فى اصطلاح الفقهاء

وأمّا معنى النكاح فى اصطلاح الفقهاء، فهو عقد التزويج اتّفاقاً وإن اختلفوا فى تعريفه تبعاً لحقيقه المعقود عليه، أهو ملك منفعه الاستمتاع بالأنثى؟ أم إباحه الاستمتاع بها لزوجها؟ أم لكلٍّ منهما لصاحبه؟

وهذا ما ستجده ضمن التعاريف المختلفه للمذاهب الإسلاميّه، وأذكر لكلٍّ مذهب تعريفاً:

١. الإماميّه: وعرفه فخر الإسلام ابن فهد الحلّى بأنّه:

عقد لفظى مملّك للوط ء ابتداء، فخرج بالقيد الأخير من نحو شراء الأمّه، فإنّه يملك الوط ء تبعاً لملك الرقبه لا ابتداء. (١)

٢. الحنفيه: هناك ثلاثه أقوال فى تعريف النكاح عندهم.

١. عرّف بعضهم:

بأنّه عقد يفيد ملك المتعه قصداً، ومعنى ملك المتعه اختصاص الرجل ببضع المرأه وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الحقيقى. (٢)

٢. وبعضهم يقول:

إنَّه يفيد ملك الذات فى حقّ الاستمتاع، ومعناه أنّه يفيد الاختصاص بالبضع يستمتع به. (٣)

٣. وبعضهم يقول:

إنَّه يفيد ملك الانتفاع بالبضع وبسائر أجزاء البدن، بمعنى: أنّ الزوج يختص بالاستمتاع بذلك دون سواه.

وكلّ هذه العبارات معناها واحد، فالذى يقول: أنّه يملك الذات لا يريد الملك

١- (١) . المهذب البارع فى شرح المختصر النافع: ١٤٨/٣.

٢- (٢) . البحر الرائق: ١٤٠/٢.

٣- (٣) . بدائع الصنائع: ٣٣١/٢.

الحقیقی طبعاً؛ لأـن الحره لاـ تملـک وإنّمـا یریـد أنّه یملک الانتفاع، وقولهم قصـداً خرج به ما یفیـد تلک المتعه ضـمناً کما إذا اشتری جاریه، فإنّ عقد شرائها یفید حل وطئها وهو لیس عقد نکاح کما لا یخفی. (۱)

۳. المـالکیه: لقـد عرفوا النکاح بأنّه عقـد علی مجرّد التلـذذ بآدمیه غیر موجب قیمتها ببینه قبله غیر عالم عاقـده حرمتها أن حرمها الکتاب علی المشهور أو الإجماع علی غیر المشهور رواه ابن عرفه.

ومعنی هـذا: أن النکاح عباره عن عقـد علی متعه التلـذذ المجرّده، فقوله: عقد شـمل سائر العقود. وقوله: علی متعه التلذذ خرج به کلّ عقد علی غیر متعه التلذذ کالبیع والشراء، وخرج بکلمه التلذذ العقد علی متعه معنویه کالعقدعلی منصب أو جاه.

وخرج بقوله: المجرّده عقـد شـراء أمه للتلـذذ بها، فإنّ العقـد فی هـذه الحاله لم یکن لمجرد التلذذ بوطئها وإنّما هو لملکها قصداً والتلذذ بها ضمناً فهو عقد شراء لا عقد نکاح.

وقوله: بآدمیه خرج به عقد المتعه بالطعام والشراب، وقوله: غیر موجب قیمتها خرج به عقد تحلیل الأمه أن وقع ببینه، وذلک کأن یملک شخص منفعه الاستمتاع بأمته فإنّ هذا لا یقال له عقد نکاح کما لا یقال له إجاره، وهو یوجب قیمه الأمه إن وقع.

أما عقـد النکاح، فإنّه لا یوجب قیمه المعقود علیها، وقوله: غیر عالم عاقده حرمها – أی: حرمه المعقود علیها بالکتاب أو الإجماع – فإن کانت محرمه علیه بالکتاب وعقـد علیها وقع العقـد باطلاً، فلا یسـمی نکاحاً من أصـله، وإن کانت محرمه بالإجماع سـمی نکاحاً فاسداً هذا هو المشهور، أنّه لا یسمی نکاحاً أصلاً سواء کان التحریم بالکتاب أو بالإجماع.

۱– (۱) . انظر: الفقه علی المذاهب الاربعه: ۶/۴.

فقوله: غير عالم عاقده حرمتها أن حرمها الكتاب، معناه: أنّ هذا قيد يخرج به عقد العالم بالتحريم بالكتاب من عقد النكاح أصلاً.

وقوله: أو الإجماع على غير المشهور، معناه: أنّ هذا قيد يخرج به عقد العالم بالتحريم بالإجماع، فلا يسمى نكاحاً ولكن على خلاف المشهور؛ لأنّك قد عرفت أن المشهور يسمى نكاحاً فاسداً. وقوله: ببينه قبله أى قبل التلذذ وأخرج به ما إذا دخل بها قبل أن يشهد على الدخول، فإنّ العقد لا يكون عقد نكاح.

ويرد عليه: أنّه إذا دخل بها بدون شهود يفسخ بطلقه، وهذا هو ثبوت النكاح.

والجواب: أن الفسخ حصل بناء على أقرارهما بالعقد ورفع عنهما الحدّ بشبهه العقد.

وصرّح المالكيه فى أوّل الإجاره أنّ عقد النكاح هو عقد تمليك انتفاع بالبضع وسائر بدن الزوجه. (١)

۴. الشافعيه: عرف بعضهم النكاح بأنّه عقد يتضمن ملك وط ء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناهما، والمراد: أنّه يترتّب عليه ملك الانتفاع باللذه المعروفه، وعلى هذا يكون عقد تمليك. (٢)

وبعضهم يقول: أنّه يتضمن إباحه الوط ء الخ فهو عقد إباحه لا عقد تمليك، (٣) وثمره هذا الخلاف أنّه لو حلف أنّه لا يملك شيئاً ولا ـ نيه له، فإنّه لا ـ يحنث إذا كان لا ـ يملك فقط على القول بأنّ العقد لا يفيد الملك، أمّا على القول الآخر، فإنه يحنث والرَّاجِح عندهم أنّه عقد إباحه.

۵. الحنابله: قالوا هو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعه الاستمتاع وهم يريدون بالمنفعه الانتفاع كغيرهم لأنَّ المرأه التى وطئت بشبهه أو بزنا كرها عنها لها

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . المصدر السابق.

٣- (٣) . فتح الوهاب: ٥٣/٢.

مهر مثلها، وهی تملکه لا الزوج إن کانت متزوّجه لقوله علیه السلام:«فلها بما استحقّ من فرجها» أی: نال منه بالوط ء. (۱)

فیلاحظ فی هذه التعریفات: أنّها ترکّز علی إباحه وط ء أو حلّ تمتّع بصیغه خاصّه، فبعضها أبرز جانباً والآخر أبرز جانباً آخر.

ومن هذا المنطلق أری أنّ الأولی فی تعریف النکاح هو القول بأنَّ النکاح فی الشرع: هو علقه الزواج، وسببها هو العقد اللفظی المبیح للوط ء.

مشروعیّه النکاح

أجمع المسلمون کافه علی مشروعیَّه النِّکاح، والأصل فی مشروعیته الکتاب والسنه فالله تعالی ورسوله صلی الله علیه و آله ندبا إلیه، وحثّاً علیه، وهو سنه النبی صلی الله علیه و آله والأئمّه الطاهرین علیهم السلام لا یجوز الإعراض عنه، فمن النصوص الدالّه علی مشروعیّته ما یلی:

أوّلاً: من الکتاب

۱. قوله تعالی: (فَانْکِحُوا ما طابَ لَکُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنی وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا تَعْدِلُوا فَواحِدَهً أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ ذلِکَ أَدْنی أَلّا تَعُولُوا) . (۲)

۲. قوله تعالی: (وَ أَنْکِحُوا الْأَیامی مِنْکُمْ وَ الصّالِحِینَ مِنْ عِبادِکُمْ وَ إِمائِکُمْ إِنْ یَکُونُوا فُقَراءَ یُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِیمٌ) . (۳)

الاستدلال: فإنَّ أمر الأولیاء شرعاً أو عرفاً والسادات بإنکاح الأیامی (۴)

۱- (۱) . الفقه علی المذاهب الاربعه: ۶/۴.

۲- (۲) . النساء: ۳.

۳- (۳) . النور: ۳۲.

۴- (۴) . الأیامی: الذین لا أزواج لهم من الرجال والنساء الواحد منهما أیم، سواء تزوج من قبل أو لم یتزوج. وامرأه أیم: بکرا کانت أم ثیبا، المختار: ۲۵۶.

وخصوصاً الصالحين من العبيد والإماء والترغيب فيه ليس إلّا لفضيله النكاح ورجحانه فی نفسه.

۳. قوله تعالی – فی مقام الإمتنان به علی عباده – (وَ مِنْ آیاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَکُمْ مِنْ أَنْفُسِکُمْ أَزْواجاً لِتَسْکُنُوا إِلَیْها وَ جَعَلَ بَیْنَکُمْ مَوَدَّةً وَ رَحْمَةً إِنَّ فِی ذلِکَ لَآیاتٍ لِقَوْمٍ یَتَفَکَّرُونَ) . (۱)

ثانیاً: من السنه

۱. فی الحدیث النبوی المروی بین الفریقین عن الرسول صلی الله علیه و آله قال:

«النکاح سنتی فمن رغب عن سنتی فلیس منّی». (۲)

۲. وهو من أعظم الفوائد بعد الإسلام، فقد روی عن النبی صلی الله علیه و آله بطریق أهل البیت علیهم السلام أنّه قال:

«ما استفاد امرؤ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه مسلمه تسرّه إذا نظر إلیها وتطیعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها فی نفسه وماله». (۳)

۳. قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«ما بنی بناء فی الإسلام أحبّ إلی الله تعالی من التزویج». (۴)

ومجموع هذه الروایات تؤکّد علی مشروعیّه النکاح وندبیّته ولا یستفاد منها الإلزام، کما لا حظ الدین الإسلامی ندبیّه المسارعه فی تزویج البنت.

فقد ورد عن الإمام الصادق علیه السلام أنّه قال:

«من سعاده المرء أن لا تطمث ابنته فی بیته». (۵)

۱- (۱) . الروم: ۲۱.

۲- (۲) . مستدرک الوسائل: ۱۵۲/۱۴؛ فتح الباری: ۹۱/۹، ط ۴.

۳- (۳) . الکافی: ۳۲۷/۵.

۴- (۴) . من لا یحضره الفقیه: ۳۸۳/۳.

۵- (۵) . الکافی: ۳۳۶/۵.

استحباب السعی فی النکاح

حثّ الإسلام علی السعی فی النکاح، وکذلک علی المساهمه فی التزویج له وإقراره فی الواقع بالجمع بین الرجل والمرأه لتکوین أسره مسلمه، فمن یسعی فیه یعوّضه الله تعالی عن سعیه فی الآخره، قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«... ومن عمل فی تزویج بین مؤمنین حتّی یجمع بینهما زوجه الله عزّ وجلّ ألف امرأه من الحور العین کلّ امرأه فی قصر من درّ ویاقوت، وکان له بکلِّ خطوه خطاها أو بکلّ کلمه تکلم بها فی ذلک عمل سنه قام لیلها وصام نهارها، ومن عمل فی فرقه بین امرأه وزوجها کان علیه غضب الله ولعنته فی الدنیا والآخره، وکان حقّاً علی الله أن یرضخه بألف صخره من نار، ومن مشی فی فساد ما بینهما ولم یفرق کان فی سخط الله عزّ وجلّ ولعنته فی الدنیا والآخره وحرَّم علیه النظر إلی وجهه». (۱)

وقال الإمام الصادق علیه السلام :

«أربعه ینظر الله إلیهم یوم القیامه: من أقال نادماً، أو أعان لهفان، أو أعتق نسمه، أو زوّج عزباً». (۲)

وقال الإمام موسی بن جعفر علیه السلام :

«ثلاثه یستظلّون بظلّ عرش الله یوم القیامه یوم لا ظلّ إلا ظّله: رجل زوّج أخاه المسلم، أو خدمه، أو کتم له سرّاً». (۳)

وجعله الإمام علی علیه السلام من أفضل الشفاعات. فقال:

«أفضل الشفاعات أن تشفع بین اثنین فی نکاح حتّی یجمع الله بینهما». (۴)

والروایات المتقدّمه تحثّ الناس إلی السعی فی الجمع بین الرجل والمرأه علی الحلال، فیستصحب جمیع ما یؤدّی إلی ذلک من السعی فی الخطبه، أو بذل المال لتوفیر مستلزمات الزواج أو التشجیع علیه أو غیر ذلک.

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۴۶/۲۰.

۲- (۲) . المصدر السابق: ۳۸۷/۱۷.

۳- (۳) . المصدر السابق: ۴۵/۲۰.

۴- (۴) . المصدر السابق.

الفصل الثانی: مَن هم أولیاء العقد؟

اشاره

ص:۸۵

تمهید

اشاره

وفیه مبحثان:

الأوّل: الأصل الأولی فی الولایه

إنَّ الأصل الأولی فی هذا المقام هو عدم ولایه أحد علی أحد وانحصارها فی الله تعالی، ویمکن الاستدلال لذلک بوجهین:

الأوّل: أنَّ العقل یحکم فی أنَّ حقّ الطاعه والمولویّه لا تکون إلّا لله تعالی، وذلک لـدرکه بأنّه موجدهم ورازقهم وولیّ نعمهم ومالکهم، فلا یری لغیره حقّ سلطنه علی العباد إلّا من أذن له الله تعالی علیهم.

ومن هنا یحمل الأمر بالطاعه فی قوله تعالی: (وَ أَطِیعُوا اللّهَ) ١ والأمر بالعباده فی قوله تعالی: (یا أَیُّهَا النّاسُ اعْبُدُوا رَبَّکُمُ الَّذِی خَلَقَکُمْ وَ الَّذِینَ مِنْ قَبْلِکُمْ لَعَلَّکُمْ تَتَّقُونَ) ٢ ، ونحوها من الآیات الآمره بطاعه الله وعبادته علی الإرشاد إلی حکم العقل شکراً لنعمه تعالی أو إلی مقتضی الفطره، من دفع الضرر والعقاب الأخروی

الدائم الناشی من عصیان أمر الله تعالی ومخالفه حکمه.

قال الشیخ الأنصاری:

مقتضی الأصل عدم ثبوت الولایه لأحد... خرجنا عن هذا الأصل فی خصوص النبی والائمه علیهم السلام بالأدلّه الأربعه.

ثمّ عدَّ من الأدلّه استقلال العقل فی حکمه بوجوب شکر المنع، بعد معرفه أنهم علیهم السلام أولیاء النعم. (۱)

الثانی: قدّ یستدلّ بحصر الولایه فی الله تعالی بأنّ العقل لا یجوّز لأحد التصرّف فی سلطان الله وملکه تعالی؛ لأنّ جمیع الموجودات ملکه وقد خرجنا عن هذا الأصل فی غیر الإنسان من الحیوانات والنباتات، بمثل قوله تعالی: (هُوَ الَّذِی خَلَقَ لَکُمْ ما فِی الْأَرْضِ جَمِیعاً) . (۲)

وأمّا التصرّف فی الإنسان، فخرج خصوص تصرف المولی فی عبده بدلیل الکتاب والسنه؛ وأمّا الإنسان الحرّ، فیبقی تحت عموم المنع العقلی. (۳)

وأشکل علی هذا الاستدلال:

أنّ ملکیه الله تعالی حقیقیّه، لا اعتباریّه، وإنّما یناقض سلطانه وملکیته التصرّف التکوینی الحقیقی فی الإنسان لا الاعتباری، وذلک إنّما یتحقق بالقهر التکوینی، کالإجبار والضرب والجرح والقتل، لا بمجرّد الأمر مادام لم ینجر إلی ذلک.

وعلی أیّ حال، یرد علی هذا الاستدلال: أنّ العقل لا یحکم بمنع التصرّف فی ملک الله إلّا بملاک وذلک الملاک لا یکون إلّا بظلم، ومن هنا لا حکم للعقل بمنع التصرّف فی الناس إذا کان لإجراء العدل وإحقاق الحقّ، وما یکون من الظلم والجور خارج عن محل الکلام.

۱- (۱) . المکاسب المحرّمه: ۵۴۶/۳.

۲- (۲) . البقره: ۲۹.

۳- (۳) . انظر: دلیل تحریر الوسیله: ۱۶/۳.

ويمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر:

وهو أنّ العقل لا يرى الولايه على التصرّف فى شىء إلا لمالكه، وأنّه لا يرى المالكيّه الحقيقيه للموجودات إلا لخالقها وموجدها، وأن الله تعالى هو المالك الحقيقى للموجودات بنظر العقل؛ لأنّه خلقها وأوجد ما لها من الكمالات والخصوصيات.

وعليه، فله تعالى حقّ التصرّف فى جميع الموجودات والولايه على العباد فى نظر العقل، ولما لا حظّ لغيره فى ذلك لا يرى لأحد الولايه على أحد من الناس، إلّا من ثبتت له الولايه عليهم بإذنه تعالى واعطائه الولايه إليه. (۱)

محصّله القول: من جميع ما بيناه أنَّ مقتضى القاعده العقليّه عدم ولايه أحد على غيره من أىّ جهه إلّا من ثبتت له الولايه على ذلك من جانب الله تعالى بدليل قطعى.

الثانى: مشروعيَّه الولايه فى النكاح وحكمتها

أمّا مشروعيَّه الولايه فى النكاح، فهى محل بحثنا هذا، وهى فى الجمله ممّا اتّفق على مشروعيّته، والخلاف إنّما هو فى وجوب بعض صورها كما سيأتى بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

وأمّا حكمه مشروعيَّه الولايه فى النكاح، فهى تنبع من أهميَّه النكاح نفسه، وما يترتّب عليه من أثر فى حياه الإنسان، فمشروعيَّتها من تمام عنايه الإسلام بهذا العقد، وصيانته ورفع مكانته ورعايه مقاصده، ولذلك أصبحت أهمّيه الولايه فى النِّكاح من المكان المعروف عند المسلمين فى مختلف عصورهم، إدراكاً لأهميّتها فى حياتهم الاجتماعيّه، وتمسكاً بها فى أكمل وأتم صورها، وعملاً بها.

وذلك أنَّ المُوَلَّى عليه فى النكاح إمّا أن يكون عاجزاً عن إدراك المصلحه لنفسه

۱- (۱) . المصدر السابق.

بنفسه، وعن درء المفسده عنها، كالصغار والمجانين ذكوراً وإناثاً، فهولاء تكون الولايه عليهم فى النكاح ضمن ولايه أعم وأشمل لحفظ الأنفس والأموال ورعايه المصالح ودرء المفاسد، وكون تلك المسؤوليه بيد أوليائهم فيها بالإضافه إلى وازع الشرع ووازع الطبع والدافع إلى الشفقه والحرص على القيام بشؤون ذوى القربى العاجزين، وتلك هى الرعايه الاجتماعيّه فى أسمى مكانتها وأجل وأكمل وصفها وهذا لا خلاف فيه.

وإمّا أن يكون المُوَلَّى عَلَيه فى النكاح هو الأنثى مطلقاً، ففى الولايه عليها فى النكاح رعايه لحقها، وصيانه لكمال أدبها وكرم حيائها، وإيصالها إلى مرادها على أتمّ وجه وأشرفه وأكمله، دون هضم لحقها فى اختيار من ترضاه زوجاً لها وإن كانت قادره على النظر وحسن الاختيار ودون إهمال لها بتركها تضع يدها فى يد من تهوى، فى عقد جليل قدره، عظيم خطره، إن وقعت منها الزلّه لا تغتفر هذا بخلاف ما إذا كان أمر نكاحها شورى بينها وبين أوليائها، بحيث يكون لرجالها فيه إبرام عقدته، ولها إملاء شروطها حتّى تطيب نفسها.

فهذه بعض محاسن الولايه فى النكاح على النساء فى أعزِّ وأكمل صورها وكلّها خير على النساء - كما سيأتى بيانها إن شاء الله تعالى - فليست هذه الولايه ولايه قهر وإذلال، ولا استغلال لحياء المرأه، كما يصِّوره البعض، وإنّما هو حفظ للحقوق وصيانه للأعراض وتمسك بالفضيله فى أجمل وأزهى صورها وأرفع وأسمى معانيها.

وهذه الولايه فى النكاح ممّن له الولايه - على القول بها - تكون شرطاً فى صحّه النكاح وهذا ما يثبت بالدليل، وإلّا أنّ الأصل عدم ثبوت ولايه أحد على أحد إلّا من يجب طاعته عقلاً كالمنعم الحقيقى وهو الله تعالى ومن هو واسطه فى الأنعام كرسله وأنبيائه ومن قام مقامهم كأوصيائهم عليهم الصلاه والسلام.

ص:٩٠

قبل البدء فی بیان أولیاء العقد عند الشیعه الإمامیّه، أنّه لا خلاف بین أهل العلم جمیعاً فی مشروعیه الولایه فی النکاح، وهی فی الجمله ممّا اتّفق علیها، والخلاف إنّما هو فی بعض صورها، ولا مجازفه فی دعوی کفایه هذا الاتفاق الفتوائی والارتکازی فی حصول الإطمئنان بالحکم، کما سیأتی بیان ذلک إن شاء الله تعالی.

وعلی هذا لا مجال للرجوع إلی الأصل القاضی، بأنّه لا ولایه لأحد علی أحد وعدم نفوذ سلطنته علیه، علی أنّه یمکن أن یقال: أنَّ التمسک بهذا الأصل سواءً أرید به نفی ذات الولایه أو نفی ولایه شخص یتصدی لها، إنّما یتم فی مورد لا یکون فیه فرض عدم الولایه باطلًا فی نفسه. وأمّا المورد الذی یکون فیه فرض عدم الولایه، فکذلک لا مجال لإعمال هذا الأصل؛ لأنه لا بدّ من ثبوت الولایه، ووجود الولی فی الجمله، وإنّما یقع الکلام علی تشخیصه، ومن مصادیق ذلک الصغیروالصغیره فإنّ فرض عدم الولایه علیهما باطل فی نفسه وغیر عقلائی فلا مجال معه لإعمال هذا الأصل.

ومن مصادیق ذلک أیضاً ولایه الحاکم بما هو حاکم، فإنّه لا مجال لنفیها بهذا الأصل؛ لأن فرض مجتمع بلا حاکم باطل فی نفسه، وهذا ما تراه ضمن المباحث التالیه.

ص:۹۱

المبحث الأوّل: ثبوت الولایه علی الصغیر والصغیره

اشاره

إنَّ الصغر وصف مؤثّر فی سلب أهلیّه العاقد، أو نقصانها فی الذکر والأنثی علی السواء، ولهذا شرعت الولایه علیهم، رعایه لحالهم حتّی یکبروا وتزول صفه الصغر عنهم معتَمدین علی أنفسهم فی تدبیر سائر شؤونهم.

وهذه الولایه عباره عن ولایه جبریه تستلزم حکماً عاماً فیها، وهو أن تصرفات الولیّ التی یقوم بها لمصلحه القاصر نافذه علیه جبراً، إذا کانت مستوفیه شرائطها الشرعیّه، بحیث لا یکون للقاصر بعد کبره أن ینقض منها شیئاً.

والولیّ عند فقهاء الشیعه الإمامیّه هو الأب، والجدّ من طرف الأب بمعنی أب الأب فصاعداً فلا یندرج فیه أب أم الأب والوصی لأحدهما مع فقد الآخر والسیّد بالنسبه إلی المملوک، والحاکم، ولا ولایه للأم، ولا الجدّ من قبلها ولو من قبل أم الأب ولا الأخ، والعم، والخال، وأولادهم. (۱)

وهذا ما سنتناوله مفصّلاً - بمشیئه الله تعالی - بما یلی:

۱- (۱) . انظر: العروه الوثقی: ۸۶۳/۲.

أوّلاً: ولايه الأب

لا خلاف ولا شبهه فى ولايه الأب على الصغير، بلا فرق بين الذكر والأنثى. كما صرّح بعدم الخلاف فى كفايه الأحكام، حيث قال:

تثبت الولايه فى النكاح للأب بلا خلاف، بل فى التذكره الإجماع (۱)، (وعليه) إجماع الأمَّه (۲)، وقيل: الإجماع بقسميه (۳). (۴)

واستدلّ له بما يلى:

الأوّل: الأخبار المستفيضه منها:

۱. صحيحه محمّد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام : فى الصبى يتزوّج الصبيه يتوارثان؟ فقال عليه السلام : «إن كان أبواهما اللذان زوجاهما، فنعم...». (۵)

ووجه الاستدلال: فإنّها صريحه على ثبوت الولايه للأب، ومفهومه نفى الولايه عن غير الأب، وأنه رتّب عليه السلام التوارث الذى هو ثمره النكاح الصحيح. (۶)

۲. صحيح محمّد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن الإمام الرضا عليه السلام عن الصبيه يزوّجها أبوها، ثمّ يموت، وهى صغيره فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام : «يجوز عليها تزويج أبيها». (۷)

فإنها صريحه فى أنَّ للأب ولايه النكاح على الصغيره، وليس لها بعد زوال

۱- (۱) . التذكره: ۲ /۸۰، ط. حجرى.

۲- (۲) . مجمع الفائده والبرهان: ۲۳۱/۹.

۳- (۳) . جواهر الكلام: ۱۷۰/۲۹.

۴- (۴) . كفايه الأحكام: ۱۱۳.

۵- (۵) . وسائل الشيعه: ۱۴، باب ۱۳ من أبواب عقد النكاح، وأولياء العقد، ح۱.

۶- (۶) . الحدائق الناضره: ۲۰۶/۲۳.

۷- (۷) . وسائل الشيعه: ۱۴، باب: ۶ من أبواب عقد النكاح، ح۱.

الوصف وهو الصغر الاعتراض على فعل الوالد بل يلزمها حكم العقد، ولا تبين المرأه منه إلّا بالطلاق بعد بلوغه. (۱)

الثانی: الإجماع

فقد تواترت دعاوی الإجماع لولایه الأب علی ألسـنه عامّه الفقهاء فی کتبهم، کما عن الشیخ فی تفسیر قوله تعالی: (إِلّآ أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) ۲ ، فإنه قال:

لا ولایه لأحد عندنا إلا للأب والجدّ علی البکر غیر البالغ؛ فأمّا من عداهما، فلا ولایه له. (۲)

ومثله غیره من عموم الفقهاء.

ثانیاً: ولایه الجدّ للأب

اشاره

وقال الشهید الثانی:

المشهور بین الأصحاب ثبوت ولایه الجدّ للأب کالأب. (۳)

فکمـا أن للأـب ولـایه النکـاح علی الصبی والصبیه فکـذلک الجـدّ حکمه حکم الأب، بل ادعی علیه فی التـذکره (۴) الإجماع، وخالف فی ذلک ابن أبی عقیل، فقال:

الولیّ الذی هو أولی بنکاحهن هو الأب دون غیره من الأولیاء ولم یذکر للجدّ ولایه. (۵)

واستدلّ المشهور بما یلی:

۱- (۱) . انظر: تذکره الفقهاء: ۵۸۶.

۲- (۳) . التبیان: ۲۷۳/۲.

۳- (۴) . مسالک الأفهام: ۱۱۷.

۴- (۵) . تذکره الفقهاء: ۵۸۷/۲.

۵- (۶) . نقل عنه فی مختلف الشیعه: ۱۱۷/۷.

الأوّل: جمله من الأخبار منها:

١. صحیحه محمّد بن مسلم عن أحدهما الإمام الباقر أو الإمام الصادق علیه السلام قال:

«إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز علی ابنه ولابنه أیضاً أن یزوجها» فقلت: فإن هوی أبوها رجلًا وجدّها رجلًا؟ فقال علیه السلام : «الجدّ أولی بنکاحها». (١)

ودلالتها علی ولایه الجدّ واضحه.

٢. وصحیح هشام بن سالم ومحمد بن حکیم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

إذا زوج الأب والجدّ کان التزویج للأوّل، فإن کانا جمیعاً فی حال واحده، فالجدّ أولی. (٢)

وغیرها من الروایات التی تجیز زواج الأب والجدّ وتقدّم زواج الجدّ عند المزاحمه. (٣)

الثانی: الإجماع

قال العلّامه الحلی:

الآباء والأجداد لهم الولایه علی الصبیان، وهو قول علمائنا أجمع.

واستدلّ المخالف القائل بحصر الولایه فی الأب، وإنکاره لولایه الجدّ ما نسب إلی ابن أبی عقیل أنّه قال:

الولیّ الذی هو أولی بنکاحهن هو الأب دون غیره من الأولیاء ولم یذکر للجدّ ولایه. (۴)

وظاهر هذه العباره المنقوله عنه حصر الولایه فی الأب، وکأنَّه استند فی ذلک إلی الروایات الحاصره للولایه فی الأب، وهی کما یلی:

١. روایه أبی مریم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

١- (١) . وسائل الشیعه: ١۴، باب ١١ من أبواب عقد النکاح، ح ١.

٢- (٢) . المصدر السابق، ح ٢.

٣- (٣) . المصدر السابق.

۴- (۴) . تذکره الفقهاء: ٢٧/٢.

الجاریه البکر التی لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبیها. (۱)

ودلالتها واضحه، فإنّها قد حصرت الولایه بالأب.

۲. معتبره زراره ابن أعین قال: سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول:

لا ینقض النکاح إلّا الأب. (۲)

وهی أیضاً واضحه الدلاله فی نفی ولایه غیر الأب.

الرَّاجِح

والذی یظهر لی هو قول المشهور؛ إذ لا بدّ من رفع الید عن حصر الولایه فی الأب ویقرَّب ذلک بأحد بیانین:

الأوّل: إنَّ رفع الید عن هذه الروایات هو بمعنی رفع الید عن ظهورها فی اختصاص الحکم بالأب لصراحه ما دلّ علی ولایه الجدّ فی ثبوت الولایه وتقدّمها علی الأب ویحمل الحصر علی أنّه بالإضافه إلی غیر الجدّ.

الثانی: لو لم یمکن التصرّف فی ظهور هذه الروایات لزم اسقاطها عن الحجّیه لمنافاتها لما هو القطعی، لکون ولایه الجدّ ثابته بنحو قطعی لا ریب فیه ولا مجال؛ لأنّ یتعبدنا الشارع بما نقطع بخلافه؛ لأنّه بمنزله الردع عن القطع وهو محال.

أضف إلی وجود الروایات التی تثبت الولایه لهما ولا معارضه بینهما؛ إذ الروایات الحاصره للولایه فی الأب ظاهره فی ذلک والروایات المصرحه فی أنَّ الولایه للأب والجدّ نصّ فی ذلک، فلا بدّ من رفع الید عن الظاهر فی الحصر لوجود القرینه علی ذلک، أضف إلی ذلک وجود الروایات التی تقدّم عقد الجدّ علی ابنه - والد البنت - فإنّها تقتضی أولویه ولایه الجدّ علی ولایه الأب، کما هو واضح.

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۳ من أبواب عقد النکاح، ح۳.

۲- (۲) . المصدر السابق: ح۷.

إذاً فظاهر هذه الروايات هو ولايه الأب والجدّ على الصغيره؛ أمّا بالقياس إلى الصغير، فيبدو من تعبير الإمام عليه السلام : «لا بأس»، ويستشعر منه الجواز كما فی صحيح الفضل بن عبد الملك، قال: سألت أبا عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير، قال عليه السلام : «لا بأس». قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام : «لا». (۱)

كلّ من الأب والجدّ مستقلّ فی الولايه

قال السيّد اليزدی:

إنَّ كلًّا من الأب والجدّ مستقل فی الولايه، فلا يلزم الاشتراك فيها ولا الاستئذان من الآخر فی إعمالها فأيهما سبق - مع مراعاه ما يجب مراعاته - لم يبق محل للآخر. (۲)

وهذا الحكم قد دلّت عليه جمله من النصوص، منها:

۱. موثقه عبيد بن زراره قلت للإمام الصادق عليه السلام : الجاريه يريد أبوها أن يزوّجها من رجل، ويريد جدّها أن يزوجها من رجل آخر، فقال عليه السلام :

الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوّجها قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ. (۳)

۲. صحيحه هشام بن سالم عن الإمام الصادق عليه السلام قال:

إذا زوّج الأب والجدّ فإنّ التزويج للأوّل، فإنْ كانا جميعاً فی حالٍ واحدهٍ فالجدّ أولى. (۴)

وغيرها من الروايات، فإنّها صريحه على تقدّم السابق منها، اللازم منه الاستقلال المذكور.

ص:۹۸

۱- (۱) . المصدر السابق: باب ۲۸ من أبواب الشهور، ح۲.

۲- (۲) . العروه الوثقی: ۸۶۷/۲.

۳- (۳) . وسائل الشيعه: ۱۴، باب ۲ من عقد النكاح، ح۴.

۴- (۴) . المصدر السابق: ح۳.

والروايه الثانيه قدّمت عقد الجدّ على فرض تقارن عقد الأب والجدّ فتكون مقيَّده لأدلّه ولايه الأب.

وبهـذه الروايه أيضاً تخرج عن القاعـده المقتضـيه للبطلان - فی صوره اقتران العقـدين فی وقت واحد حيث إنَّ الجمع بينهما غير ممكن وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجِّح - لأنَّ شرط تقديم عقد الأب هو كونه سابقاً، وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ أولى.

لا خيار للصغيره – إذا زوّجها الأب أو الجدّ – بعد بلوغها ورشدها

نعم، إذا زوّج الأب أو الجـدّ الصـغيره مع مراعاه ما يجب مراعاته، فبعـد بلوغها ورشدها ليس لها الحقّ فی ردّ الزواج، بل هو لازم عليها.

قال الشهيد الثانی:

وهذا الحكم لا يظهر فيه مخالف (۱)، و(وقيل:) الإجماع عليه. (۲)

واستدلّوا بما يلی:

أوّلًا: أنَّ مقتضى القاعده نفوذ ما عمل به الولیّ بعنوان الولايه، وإلّا يلزم لغويه جعل الولايه.

وبعباره أخرى: عمل الولی بمنزله عمل البالغ فی حقّ نفسه فكما لا خيار له فی عمل نفسه، فكذا الولی. (۳)

ثانياً: جمله من الأخبار منها:

۱. الروايات المطلقه التی تقدم بعضها القائله بنفوذ عقد الأب والجدّ مثل معتبره محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال:

۱- (۱) . مسالك الأفهام: ۱۱۹/۷.

۲- (۲) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۵۳/۱۴.

۳- (۳) . مدارک العروه: ۱۵۱/۳۰.

سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيه يزوّجها أبوها، ثمّ يموت، وهى صغيره، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: «يجوزعليها تزويج أبيها». (۱)

وهى واضحه الدلاله على نفوذ تزويج الأب عليها، وإن بلغت.

۲. روايات خاصه فى المقام، فقد ذكرت صحيحه عبد الله بن الصلت قال:

سألت الإمام الصادق عليه السلام عن الجاريه الصغيره يزوّجها أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال عليه السلام : «لا، ليس لها مع أبيها أمر». (۲)

ودلالتها واضحه فى نفى الخَيار.

۳. صحيح على بن يقطين قال:

سألت الإمام الرضا عليه السلام أتزوّج الجاريه، وهى بنت ثلاث سنين أو يزوّج الغلام، وهو ابن ثلاث سنين... فاذا بلغت الجاريه فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلک إذا رضى أبوها أو وليها». (۳)

وهى داله على نفى الخيار، سواء فهم من الجواب أنّه «لا بأس» بعدم رضاها، أو «لا بأس» بردّ التزويج إذا رضى أبوها أو وليها، فعلى الأوّل تكون الروايه مصرحه بنفى الخيار رأساً، وعلى الثانى مقتضى اشتراط رضى الأب أو الولىّ هو عدم استقلالها فى الردّ، وهو يعنى نفى الخيار. (۴)

لكن فى جمله من الروايات أن لها الخيار وذلک هو الذى تقتضيه قاعده تسلط الناس على أنفسهم، وأىّ أمر أهمّ من هذا؟

فمن تلک الأخبار ما يلى:

۱- (۱) . وسائل الشيعه: ۱۴، باب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح۳.

۲- (۲) . وسائل الشيعه، باب ۶ من عقد النكاح، ح۳.

۳- (۳) . المصدر السابق: ح۷.

۴- (۴) . كتاب النكاح: ۴۲۱/۱.

۱. صحیحه محمّد بن مسلم قال:

سألت الإمام الباقر علیه السلام عن الصبی یزوّج الصبیه قال: «إن کان أبواهما، اللذان زوجاهما، فنعم جائز، ولکن لهما الخیار اذا أدرکا». (۱)

وهی کما تری واضحه الدلاله بل صریحه فی عدم لزوم العقد الصادر من الولیّ، وثبوت الخیار لهما بعد البلوغ، فإنَّ حمل الخیار علی الطلاق کما أفاده الشیخ (۲) قدس سره بعید غایته، ولا وجه للمصیر إلیه.

وهذه الروایه صالحه لتقیید ما تقدّم من النصوص الدالّه علی نفوذ عقد الأب أو الجدّ بغیر هذا الفرض أو هو ما لو کان کل من الزوجین صغیراً.

وأشکل علیه:

أنَّه لم یعلم قائل من فقهاء الإمامیّه بهذا التقیید، وحینئذٍ تکون صحیحه محمّد بن مسلم مهجوره بین الأصحاب معرض عنها فتسقط عن الحجّه.

وبهذا تکون الروایات القائله بنفوذ عقد الأب أو الجدّ علی الصغیره سالمه عن التقیید.

۲. وفی حسنه الکناسی الطویله، عن أبی جعفر علیه السلام ، سئل متی یجوز للأب أن یزوّج ابنته، ولا یستأمرها؟ قال علیه السلام :

«إذا جازت تسع سنین، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنین، کان الخیار لها إذا بلغت تسع سنین». (۳)

وهی کالأولی واضحه الدلاله فی عدم لزوم العقد الصادر من الولیّ، وفی ثبوت الخیار لها إذا بلغت تسع سنین.

وأشکل علیه فی هذا المقام بما یلی:

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۶ من ابواب النکاح، ح۸.

۲- (۲) . التهذیب: ۳۸۲.

۳- (۳) . وسائل الشیعه: ۲۰۹/۱۴.

أوّلًا: أنَّها ضعيفه السند، فإنّ المذكور فى نسخ التهذيب والاستبصار وإن كان يزيد الكناسى (۱) إلّا أنّه لم يثبت توثيقه أيضاً؛ وذلك لأنَّ النجاشى قدس سره ذكر يزيد أبا خالد القماط ووصفه بأنّه كوفى ثقه. (۲) والشيخ قدس سره ذكر يزيد الكناسى وأفاد أنّه ينتسب إلى: كناسه محلّه فى الكوفه، من دون أن يذكر له توثيقاً. (۳) لكنه قدس سره لم يتعرّض لذكر يزيد أبى خالد القماط لا فى الفهرست ولا فى الرجال، وهو ممّا يوجب الاطمئنان بأنّ يزيد الكناسى هو يزيد أبو خالد القماط، وحينئذٍ فينفع توثيق النجّاشى يزيد أبى خالد القماط فى إثبات وثاقه يزيد الكناسى.

غير أنَّ ذلك معارض، بأنَّ البرقى الذى هو أقدم من الشيخ وأعرف منه بالرجال لقرب عهده إلى الرواه ذكر العنوانين معاً، فقد ترجم يزيد الكناسى ويزيد أباخالد القماط كُلّاً على حده (۴)، وهو إنّما يكشف عن عدم اتّحاد الرجلين، وعلى هذا الأساس، فلا تنفع وثاقه يزيد أبى خالد القماط فى إثبات وثاقه يزيد الكناسى.

وعليه فتكون الروايه ساقطه عن الاعتبار سنداً. (۵)

ثانياً: أنَّ هذه الروايه لا يمكن العمل بها؛ لأنه لا يحتمل ثبوت الخيار للتى زوّجها الأب قبل تسع سنين، وعدم ثبوته للتى زوّجها بعد ذلك، مع معارضتها للنصوص الكثيره الداله على نفوذ إنكاح الأب، وأنّه ليس لها من الأمر شىء، بل لمخالفتها الإجماع، كما مرّ. (۶)

ص:۱۰۲

۱- (۱) . التهذيب: ۳۸۲/۷؛ والاستبصار: ۲۳۷/۳.

۲- (۲) . رجال النجاشى: ۴۵۲، رقم ۱۲۲۳.

۳- (۳) . رجال الطوسى: ۱۴۹، رقم ۱۶۵۵.

۴- (۴) . رجال البرقى: ۳۲.

۵- (۵) . موسوعه الإمام الخوئى: ۲۲۶/۳۳.

۶- (۶) . مستند الشيعه: ۱۳۲/۱۶.

الرَّاجِح

والذی یظهر لی: أنّه لا خیار للصغیره إذا زوجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدها؛ وذلک لأنَّ إنکاح الصغیره قد صدر من ولیّ، والولیّ ناظر للمُوَلَّی علیه، وقائم مقامه، وفیه دافع الشفقه والحرص لمصلحه المُوَلَّی علیه، فلیزم نفوذ عقده، وإلّا یلزم لغویه جعل الولایه، أضف إلی ذلک أنَّ الروایتین التی مرَّ ذکرهما التی تقول بثبوت الخیار لهما فإنّها معارضه لما مر، لشذوذهما، بل لمخالفتهما الإجماع.

لاخیار للصغیر – إذا زوجه الأب أو الجدّ – بعد بلوغه ورشده

وهذا المشهور بین فقهاء الإمامیّه، وفی ذلک قال السیّد الحکیم:

لا خیار للصغیره إذا زوجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدها، بل هو لازم علیها وکذا الصغیر علی المشهور. (۱)

خلافاً للشیخ فی النهایه، حیث قال:

ومتی عقد الرجل لابنه علی جاریه، وهو غیر بالغ کان له الخیار إذا بلغ (۲) ،وابن حمزه:

وإذا عقد الأبوان علی صبیتهما کان عقد الصبی موقوفاً علی إجازته إذا بلغ دون الصبیه، فإذا بلغ الصبی ورضی به استقر، وإن أبی انفسخ. (۳)

وابن إدریس:

ومتی عقد الرجل لابنه علی جاریه، وهو غیر بالغ، کان له الخیار إذا بلغ، ولیس کذلک إذا عقد علی بنته غیر البالغ؛ لأنها إذا بلغت لا خیار لها. (۴) فاثبتوا له التخییر بعد البلوغ.

ص:۱۰۳

۱- (۱) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۵۳/۱۴.

۲- (۲) . النهایه: ۴۶۷.

۳- (۳) . الوسیله إلی نیل الفضیله: ۳۰۰.

۴- (۴) . السرائر: ۵۶۲/۲ و ۵۶۳.

استدل القائل بعدم الخيار بأمور:

الأوّل: أصاله بقاء الصحّه.

الثانی: جمله من الروایات منها:

۱. صحیح محمّد بن مسلم عن الإمام الباقر علیه السلام :

فی الصبی یتزوّج الصبیه یتوارثان؟ فقال علیه السـلام : «إن کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم». قلت: فهل یجوز طلاق الأب؟ قال علیه السلام : «لا». (۱)

إن اطلاق الروایه دالّ علی لزوم ونفوذ عقد الأب علیهما.

وقد أورد السیّد الحکیم قدس سره علی الاستدلال بهذه الصحیحه قائلًا:

أن التوارث إنَّما یدل علی الصحّه لا غیر وهی لا تنافی ثبوت الخیار. (۲)

۲. معتبره عبید بن زُراره قال: سألت أبا عبد الله علیه السـلام عن الرجل یزوّج ابنه وهو صـغیر، قال: «إن کان لابنه مال فعلیه المهر، وإن لم یکن للابن مال فالأب ضامن المهر أو لم یضمن». (۳)

الظاهر أن تفصیل الإمام علیه السلام فی المهر دالّ علی المفروغیّه عن صحّه النکاح. (۴)

ویرد علیه أنّ صـحّه النکـاح لاـ تنـافی ثبوت الخیـار، ولاـ مجال للتمسّک بإطلاق الصـحّه فی المقام؛ لأنّها لوحظت مفروغاً عنها، فلیس الإمام علیه السلام فی مقام البیان من هذه الجهه. (۵)

۳. صحیح الفضیل بن عبدالملک قال:

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۱۳ من أبواب عقد النکاح، وأولیاء العقد، ح۱.

۲- (۲) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۵۴/۱۴.

۳- (۳) . وسائل الشیعه، باب ۲۸ من أبواب المهور، ح۱.

۴- (۴) . الخوئی، کتاب النکاح: ۲۷۹/۲.

۵- (۵) . انظر: کتاب النکاح: ۴۱۵/۱.

سألت الإمام الصادق علیه السلام عن الرجل یزوّج ابنه وهو صغیر؟ قال: «لا بأس». (۱)

وواضح أنّ إطلاقها هو نفوذ الزواج حتّی بعد بلوغ الطفل وفسخه للعقد.

ویرد علیها أنَّ الروایه لا تدل علی عدم ثبوت الخیار، فإن النظر فیها إلی أصل الصحّه، بل ورد فی ذیلها قوله علیه السلام : «إذا زوّج الرجل ابنه فذاک إلی ابنه»، وهو صریح فی ثبوت الخیار. (۲)

أدلّه القائلین بالخیار

وهو ما ذهب إلیه الشیخ الطوسی وابن حمزه وابن إدریس القول: بخیار الصبی فی الفسخ والإمضاء عند بلوغه ورشده.

واستدلّوا بما یلی:

۱. التمسک بصحیحه محمّد بن مسلم المتقدّمه فی جعل الخیار للصبی إذا بلغ.

۲. یوجد ضرر فی تزویج الابن قبل بلوغه، بحیث یجب علیه بذل المهر والنفقه دون مقابل، وهذا الضرر لا یأتی فی حقّ الزوجه الصغیره؛ لأنّها تأخذ المهر والنفقه من دون خسران وحینئذٍ لا بدّ من جعل الخیار للابن لکی یتمکّن من دفع الضرر عن نفسه دون البنت؛ لأنّها لیست بحاجه إلی الخیار. (۳)

وأجیب:

أوّلاً: إنَّ صحیحه محمّد بن مسلم؛ إمَّا أن یؤخذ بها أو لایؤخذ، حیث أن مضمونها واحد، وهو ثبوت الخیار للصبی والصبیه إذا بلغ فلا معنی للأخذ بها فی الصبی إذا بلغ دون الصبیه؛ إذ لیست هذه الروایه قد عبرَّت بجملتین أحداهما عن الصبی والأخری

۱- (۱) . وسائل الشیعه، باب ۲۸ من أبواب فی المهور، ح۲.

۲- (۲) . انظر: المؤید، کتاب النکاح: ۴۱۵/۱.

۳- (۳) . انظر: المهذب البارع: ۲۳۰/۳.

عن الصبيه حتّی یکون الإعراض عن إحدی الجملتین، وعدم الإعراض عن الأخری موجباً لحجه الثانیه دون الأولی، بل الروایه ذکرت جمله واحده، وهی: «لهما الخیار إذا أدرکا»؛ فأمّا أن تقبل، وإمّا أن لا تقبل. (۱)

ثانیاً: علی أنّ «لا ضرر ولا ضرار»، حدیث نافی للحکم الضرری، فلا یمکن أن یستفاد منه إثبات حکم الخیار للصبی.

الرَّاجِح:

والذی یظهر لی هو: القول بعدم الخیار؛ لأنَّ عقد الولیّ وقع فی محلّه؛ ولذا قال الحلّی:

لو زوّج الأب أو الجدّ للولد الصغیر، لزمه العقد، ولا خیار له مع بلوغه ورشده، علی الأشهر. (۲)

مضافاً إلی ما دلَّ علی صحّه تزویج الصغیر المقتضی لبقائه، ولو بعد البلوغ.

ثالثاً: ولایه الوصی فی النکاح

اشاره

والوصی، وهو من عهد إلیه الولیّ بتزویج مولیّه بعد مماته.

ففی ثبوت ولایه التزویج للوصی خلاف بین العلماء علی أقوال أربعه:

الأوّل: ثبوت الولایه للوصی مطلقاً

وهذا ما أختاره العلّامه حیث قال بعد أن بیّن کلام الشیخ الطوسی فی الخلاف:

إذا أوصی إلی غیره بأن یزوّج بنته الصغیره، صحّت الوصیه وکان له تزویجها، ویکون صحیحاً، سواء عین الزوج أو لا.

ثمّ قال العلّامه:

۱- (۱) . انظر: موسوعه الإمام الخوئی: ۲۲۶/۳۳.

۲- (۲) . شرائع الإسلام: ۵۰۲/۲.

والوجه ماقاله الشيخ فى الخلاف. (۱)

والشهيد فى الشرح:

فالحكمه تقتضى ثبوت الوصيه تحصيلاً للمصلحه؛ ولأنّه قائم مقام الأب. (۲)

وقبلهما الشيخ فى أحد قوليه فى الخلاف فى المسأله التاسعه:

إذا اوصى إلى غيره بان يزوّج بنته الصغيره صحّت الوصيه، وكان له تزويجها، ويكون صحيحاً، سواء عين الزوج أو لم يعين وإن كانت كبيره لم تصح الوصيه. (۳)

وقوله الآخر فى المبسوط نفى الولايه للوصى مطلقاً:

وأمّا التزويج فليس للوصى أن يزوّجه - أى: الصبى - لأنّه ليس من أهله، وربما اتهم، وكذلك ليس له أن يزوّج الصغيره التى يلى عليها؛ لأنَّ ولايه النكاح لا تستفاد بالوصيه. (۴)

الثانى: نفى ولايه التزويج للوصى مطلقاً

وهذا ما أختاره المحقّق فى النافع (۵)و فى الشرائع حيث قال:

ولا ولايه للوصى وإن نصَّ له الموصى على النكاح على الأظهر. (۶)

والعلّامه فى القواعد:

ولا تصح الوصيه فى تزويج الأصاغر، لعدم الغبطه على إشكال. (۷)

وفى التذكره:

۱- (۱) . مختلف الشيعه: ۱۴۱/۷.

۲- (۲) . غايه المراد: ۵۰/۳.

۳- (۳) . الخلاف: ۲۵۴/۴ مسأله (۹).

۴- (۴) . المبسوط: ۵۹/۴.

۵- (۵) . المختصر النافع :۱۷۳، حيث قال: لا ولايه فى النكاح لغير الأب، والجد للأب وإن علا ، والوصى.

۶- (۶) . الشرائع: ۲۲۲/۲.

۷- (۷) . قواعد الأحكام: ۵۶۲/۲.

إنّما تثبت وصايه الوصی فی صوره واحده عند بعض علمائنا هی لمن یبلغ فاسد العقل. (۱)

بل هو المشهور، کما فی المسالک. (۲)

الثالث: ثبوتها مع نصّ الموصی له علیه

وهذا هو المحکی عن الخلاف بثبوت الولایه للوصی إذا نصَّ الموصی علی ذلک، واختاره العلّامه فی المختلف. (۳)

الرابع: ثبوت الولایه علی من بلغ فاسد العقل

اشاره

وهذا ما اختاره الفاضل الآبی فی کشف الرموز، حیث قال:

ولا یزوّج الوصی إلّا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحه. (۴)

وبه قال المحقّق فی الشرائع (۵) والعلامه فی التحریر والقواعد (۶) وفی إرشاد الأذهان:

ولا تثبت ولایه الوصی علی الصغیرین وإن نصَّ الموصی علی الإنکاح علی رأی، وتثبت ولایته علی من بلغ فاسد العقل مع الحاجه. (۷)

، والشهید الأوّل فی الدروس:

وله تزویج من بلغ فاسد العقل، مع المصلحه، وغایه المراد. (۸)

وغیرهم.

۱- (۱) . تذکره الفقهاء:۵۹۲.

۲- (۲) . مسالک الأفهام: ۱۴۸/۷.

۳- (۳) . انظر: غایه المرام: ۳۰/۳.

۴- (۴) . کشف الرموز: ۱۱۳/۲.

۵- (۵) . شرائع الإسلام: ۲۲۱/۲.

۶- (۶) . التحریر: ۶/۲؛ القواعد: ۵۶۲/۲.

۷- (۷) . إرشاد الأذهان: ۸/۲.

٨- (٨) . الدروس: ٣٢٧/٢؛ غايه المراد: ٤٩/٣.

الأدلّه

أ) أدلّه من أثبت الولايه للوصى مطلقاً

استدلّ من أثبت الولايه للوصى بما يلى:

الأوّل: اطلاقات أدلّه نفوذ الوصيّه، كقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّهُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ* فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ* فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) . (۱)

والاستدلال بها بتقريب أنَّ صدرها، وإن كان ناظراً إلى الوصيّه الماليّه للوالدين والأقربين إلّا أنَّ الذيل دالّ على نفوذ الوصيه مطلقاً، ولزوم العمل بمقتضاها باستثناء ما كان فيها جنف أو إثم، وعليه فتشمل الوصيه فى النكاح وتكون الوصيه نافذه، وبذلک تكون للوصى الولايه على التزويج. (۲)

وأورد عليه: إنَّها فى مقام أصل التشريع والترغيب لها، ولا يصح التمسّک بها لإثبات ما شک فى صحّه الوصيه، كما فى جميع الموارد المشكوكه، مع أنّ المُنساق منها الوصيه بالمال، وما يتعلق بنفس الشخص من التجهيزات، فلا يشمل المقام. (۳)

وأجيب: أنّ صدر الآيه، وإن كان فى مورد الوصيه بالمال، ولكن خصوصيه المورد لا توجب ضيقاً فى مدلول الخطاب اللفظى. (۴)

الثانى: قوله تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ) . (۵)

۱- (۱) . البقره: ۱۸۱ و ۱۸۲.

۲- (۲) . انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ۴۳۸/۱.

۳- (۳) . مهذّب الأحكام: ۲۷۷/۲۴.

۴- (۴) . دليل تحرير الوسيله: ۲۲۱/۲.

۵- (۵) . البقره: ۱۸۱.

إنَّ فی قوله تعالی: (فَمَنْ بَدَّلَهُ) یدل بإطلاقه علی نفوذ الوصیّه ووجوب العمل بها فی غیر ما کان فیها جنف أو إثم أو ضرر علی الوارث (۱) ،خصوصاً فیما إذا نصَّ الموصی علی کونه وصیّاً وقیّماً علی النکاح.

وأورد علیه: أنّه لا بد من کون مورد الوصیه والقیمومه صحیحه شرعاً، والشک فی الصحّه یکفی فی عدمها فلا وجه للتمسک بها. (۲)

الثالث: جمله من الأخبار منها:

۱. إطلاقات النصوص الوارده فی تفسیر من بیده عقده النکاح، نظراً إلی اشتمال کثیر من هذه النصوص علی الوصی مثل صحیح ابن مسلم، وأبی بصیر عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقده النکاح، قال علیه السلام : «هو الأب والأخ والرجل یوصی إلیه».

وخبر أبی بصیر عن الإمام الصادق علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقده النکاح قال علیه السلام : «هو الأب والأخ والرجل یوصی إلیه». (۳)

واشتمالها علی ذکر الأخ لا یسقطها عن الحجیه فی سائر الفقرات، کما قال فی الجواهر مع إمکان حمله علی کون الأخ وکیلاً لها أو وصیّاً.

ولاـ یضرّ کون عطف الوصی علیه من عطف العامّ علی الخاصّ، ولا یخفی أنَّ المراد بالوصی فی هذه النصوص بقرینه مناسبه الحکم والموضوع هو من أوصی إلیه بأمر النکاح دون الوصی فی تصدی الأمور المالیّه، بل ولا شؤونه العامّه علی النحو المطلق.

وأمّا مع عدم نص الوصی، أو قرینه قطعیّه علی إراده نکاح الأولاد الصغار، فیشکل الإلتزام بثبوت ولایه الوصی علی ذلک، بل ظاهرها هو الأمور العامّه الراجعه إلی

۱- (۱) . انظر: موسوعه الإمام الخوئی: ۲۴۴/۳۳ و ۲۴۵.

۲- (۲) . مهذّب الأحکام: ۲۷۸/۲۴.

۳- (۳) . التهذیب: ۳۹۳/۷.

الشؤون الماليّه، ولعدم دليل يثبت ولايه الوصی بعنوان أنّه وصی مطلق علی أمر النكاح والزواج، بل يستفاد من بعض النصوص خلاف ذلک، مثل صحيح ابن بزيع ومحمد بن مسلم، فإنّ الأوّل كالصريح فی عدم ولايه الوصی علی أمر الزواج والنكاح، والثانی دلَّ علی ذلک بمفهوم الشرط. (۱)

۲. معتبره محمّد بن مسلم عن أبی عبد الله علیه السلام ، أنّه سئل عن رجل أوصی إلی رجل بولده، وبمال لهم، وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أنّ أباهم قد أذن له فی ذلک، وهو حی». (۲)

ويمكن أن يقرّب الاستدلال بها بأحد بيانين:

الأوّل: ما ورد فی مفروض السؤال من الوصيّه بالأولاد، وهی غير الوصيه بالمال، ويفهم من جواب الإمام علیه السلام إما بسكوته أو باطلاق نفی البأس نفوذ الوصيّه.

الثانی: التمسک بالتعليل الوارد فی جواب الإمام علیه السلام الدال علی نفوذ وصيه الأب بالأولاد مطلقاً. (۳)

ب) أدلّه من منع الولايه فی النكاح للوصی مطلقاً

استدل علی عدم الولايه للوصی علی تزويج الصغير بجمله من الأدلّه منها:

أوّلاً: أنَّ الأصل فی ولايه التزويج بالنسبه إلی الصغير القرابه، وولايه القرابه لا تقبل النقل إلی الغير بعد الموت، لانقطاعها به، كما لا تقبل الحضانه - ونحوها ممّا يختص بالقرابه - النقل بالوصايه. (۴)

۱- (۱) . جواهر الكلام: ۱۹۰/۲۹.

۲- (۲) . وسائل الشيعه، باب ۹۲ من أبواب الوصايا، ح ۱.

۳- (۳) . انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ۴۳۹/۱.

۴- (۴) . مسالک الأفهام: ۱۴۸/۷.

ثانیاً: انتفاء حاجه الصغیر إلیه. (۱)

ثالثاً: جمله من الأخبار:

۱. صحیح أیوب، عن محمّد بن سوقه قال:

سألت أبا عبد الله علیه السلام إلی أن قال فی تفسیر: (فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً) «یعنی: الموصی إلیه إن خاف جنفاً من الموصی، فیما أوصی به إلیه ممّا لا یرضی الله عن ذکره من خلاف الحقّ، فلا إثم علیه». (۲)

بتقریب أنَّ الوصیه بزواج ولده جنف وهو العدوان، کما أنّ الوصیه بزواج أخیه وابن أخیه جنف. (۳)

وأورد علیه:

إنَّ العرف لا یشکّ فی أنَّ الوصیه لزواج ولده الصغیر لیس جنفاً. (۴)

۲. صحیح أبی بصیر، ومحمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام قال: سألته عن الذی بیده عقده النکاح؟ قال:

«هو الأب والأخ والرجل یوصی إلیه، والذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها ویشتری، فأیّ هولاء عفا فقد جاز». (۵)

بتقریب أنَّ ذکر الأخ دلیل علی إراده کون الوصی وکیلًا فی زواج الکبیره.

وأشکل علیه:

إنَّ ذکر الأخ لا یوجب صرف غیره عن ظاهره، وقد ذکر الحرّ العاملی: «أنَّ حکم الأخ محمول علی کونه وکیلًا». (۶)

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۴۲۱/۱۳.

۳- (۳) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۷۴/۱۴.

۴- (۴) . موسوعه الفقه: ۷۳/۶۴.

۵- (۵) . وسائل الشیعه: ۲۱۳/۱۴.

۶- (۶) . المصدر السابق: ۳۱۷/۲۱.

والوصی یحتمل ذلک أیضاً، وقد خصّه بعض علمائنا (۱) بکون البنت الکبیره غیر رشیده.

۳. صحیح محمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام :

فی الصبی یتزوّج الصبیه یتوارثان؟ فقال: «إذا کان أبواهما اللذان زوجاهما، فنعم».

فإنَّ مفهومه عدم نفوذ زواج غیر الأب.

وأورد علیه:

أنّ الوصی قائم مقام الأب، فهو امتداد له، کما أن الجدّ والحاکم کذلک؛ ولذا لا یمکن الاستدلال به لعدم ولایتهما. (۲)

ج) أدلّه من أثبت الولایه للوصی مع نصّ الموصی له

استدل لهذا القول بوجوه:

الأوّل: قوله تعالی: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِیعٌ عَلِیمٌ) . (۳)

فإنَّ حرمه تبدیل الوصیه مستلزمه لتحقق الولایه بتولیه الموصی. (۴)

وأُشکِلَ علیه:

بأنَّ الضـمیر فی: (بَدَّلَهُ) راجع إلی الإیصاء للوالدین والأقربین بما ترک من الخیر المتقدّم ذکرهما فی آیه الوصیه، فلا یعمّ مطلق التبدیل. (۵)

۱- (۱) . التذکره: ۵۹۳/۲.

۲- (۲) . موسوعه الفقه:۷۳/۶۴.

۳- (۳) . البقره: ۱۸۱.

۴- (۴) . کتاب النکاح:۱۴۴.

۵- (۵) . انظر: الریاض: ۸۱/۲.

وأجيب:

أنَّه في كثير من النصوص استدلّ المعصوم عليه السلام بهذه الآيه في أحكام كثيره من الوصايه، وهو آيه في عدم الاختصاص بالمورد، فلا بدّ من إرجاع ضمير: (بَدَّلَهُ) إمَّا إلى مطلق الإيصاء؛ وإمَّا إلى خصوص الإيصاء للوالدين والأقربين، ولكن مع إناطه حكم الإثم بأصل تبديل الإيصاء لا خصوص هذا الإيصاء، بأنّ يجعل المورد خاصاً والمناط عاماً.

ولذا قال الشيخ الأنصاري:

الإنصاف أنَّ الآيه ظاهره في المدعى ولو بمعونه الأخبار المشتمله على الاستدلال بها. (۱)

والذي يظهر لي أنَّ الآيه بحسب ظهورها الأولى خاص من جهتين:

الأولى: جهه الاختصاص بالوالدين والأقربين.

الثانيه: جهه الاختصاص بكون الموصى به ما ترك من الخير، والأخبار تصلح شاهده للتعميم من الجهه الأولى؛ وأما من الجهه الثانيه؛ فلا قرينه لصرف الآيه عن ظاهرها.

الثاني: قوله تعالى: (وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتامى قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) ٢ ، فإنّ التزويج مع المصلحه إصلاح لهم، فهو خير مأذون فيه. (٢)

وأشكل عليه:

أوّلاً: أنّه غير مختص بالوصي، بل هو شامل لجميع المكلفين.

ثانياً: أنّه يدلّ على أن ما هو إصلاح لهم خير، بشرط أن يكون المصلح مأذوناً في

١- (١) . كتاب النكاح: ١۴۴.

٢- (٣) . مستمسك العروه الوثقى: ۴٧٢/١۴.

متعلقه شرعاً وهذا أوّل الدعوى، فلا يصح الاستدلال بها للمقام؛ لأنّها من التمسك بالدليل فی الموضوع المشكوک. (۱)

الثالث: إنَّ الوصيه بالمال نافذه بالنسبه إليه، فكذلک فی النكاح.

وأشكل عليه:

إنّ التلازم غير ثابت، والقياس باطل. (۲)

الرَّاجِح

والذی يظهر لی هو القول الأوّل؛ وذلک وإن كان مقتضی الأصل عدم الولايه للوصی إلّا أنّ يدل دليل معتبر كما نسب إلی المشهور عدم الولايه علی الصغير مطلقا نصّ الوصی بذلک أو لا، إلّا أنّه لا مجال للأصل بعد وجود الدليل، وهو اطلاقات أدلّه نفوذ الوصيه.

وردت فی المقام كصحيح أبی بصير، ومحمّد بن مسلم، عن أبی جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الذی بيده عقده النكاح؟ قال عليه السلام : «هو الأب والأخ والرجل يوصی إليه والذی يجوز أمره فی مال المرأه فيبتاع لها ويشتری فأیّ هولاء عفا فقد جاز». (۳)

وغيرها التی تشير إلی من بيده عقده النكاح.

فإنها ظاهره الدلاله فی القول الأوّل لإتفاقها علی عدّ الموصی إليه فی جمله من بيده عقده النكاح الذی هو بمعنی الولايه فی التزويج كالأب.

د) أدلّه من أثبت الولايه للوصی علی من بلغ فاسد العقل

وقد أستدل له بوجوه:

۱- (۱) . انظر: فقه الصادق: ۱۷۴/۲۱.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . وسائل الشيعه: ۲۱۳/۱۴.

الأوّل: قوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّهُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ* فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ* فَمَنْ خافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفاً أَوْ إِثْماً فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) . (۱)

فإنّ هذه الآيه تدلّ على نفوذ وصيه الوصى ووجوب العمل بها مطلقاً باستثناء ما كان فى الوصيه جنف، أو أثم، أو ضرّر على الوارث، كما دلّت عليه النصوص، فإنّه لا يجب العمل بها وحينئذٍ إذا شملت الوصيه تزويج المجنون فيجب العمل بها وفقاً للوصيه، حيث يكون فى مخالفتها تبديلاً لها فيكون (إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) . (۲)

الثانى: معتبره محمّد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام :

أنَّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن عند الوصيه أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه، وبينهم فقال عليه السلام : «لا بأس من أجل أن أباه قد أذن فى ذلك وهو حى». (۳)

الاستدلال بها فإنَّ التعليل يدلّ على أنَّ كلّ ما كان للأب فى حال حياته يتمكن أن يوصى به بعد مماته، وتزويج المجنون كان للأب فى حياته - كما تقدّم - فيتمكن أن يوصى بعد وفاته. (۴)

والذى يظهر لى، كما أن للأب أن يزوّج ولده المجنون سواء كان جنونه متصلاً بالصغر أم لا؟ فللوصى ذلک، حيث أن الوصى قائم مقام الأب.

نعم، لا بدّ وإن يراد بالزواج ما لم يكن فيه مفسده، فيشمله دليل الاستحباب.

۱- (۱) . البقره: ۱۸۲ - ۱۸۰.

۲- (۲) . انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ۲۴۳/۳۳.

۳- (۳) . وسائل الشيعه: ۱۳، باب ۲۹ من الوصايا، ح ۱.

۴- (۴) . انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ۲۴۴/۳۳.

رابعاً: ولایه الحاکم الشرعی

الأوّل: ثبوت ولایته فی النکاح

إنَّ الکلام فی ثبوت الولایه للحاکم الشرعی تارهً فی ولایه الحاکم علی نکاح الیتامی الصغار، وأخری فی سائر شؤونهم.

فالبحث فی مقامین:

المقام الأوّل: فیقع الکلام تارهً فی صوره فقدان الوصی، وأخری مع وجوده.

أمّا مع فقدانه، فالظاهر ثبوت الولایه للحاکم حینئذ، ولو من باب الحسبه؛ لأنّه القدر المتیقن ممّن یجوز له التصدی لشؤون الیتیم حینئذ.

وأمّا الإشکال بعدم کون المقام من الحسبه، فمدفوع بعدم انحصار مصلحه النکاح فی الوط ء لکی تنتفی الحاجه إلی النکاح بدونه، کما أجاب بذلک فی الجواهر (۱)، بل فی مفتاح الکرامه عدم الخلاف فی ذلک، حیث قال:

وأما أنهما إن فقدا فالولایه للوصی، فإن فقد الوصی فالحاکم، بلا خلاف فی ذلک ولایهً وترتیباً ولافی کون المراد بالحاکم حیث یطلق من یعمّ الفقیه المأمون الجامع لشرائط الفتوی، ویستفاد من بعض الأخبار ثبوت الولایه للحاکم مع فقد

الوصی وللمؤمنین مع فقده. (۲)

وعلیه فعمده الکلام فی صوره وجود الوصی، وعلی أیّ حال، فالمشهور بین الإمامیّه عدم ثبوت الولایه للحاکم علی نکاح الصغار مطلقاً.

وهذا ما أختاره الشهید الثانی، حیث قال:

ولا ولایه للحاکم علی الصغیر مطلقاً. أی مع المصلحه وغیرها. فی المشهور. (۳)

ص:۱۱۷

۱- (۱) . جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹.

۲- (۲) . مفتاح الکرامه: ۲۵۷/۵.

۳- (۳) . الروضه البهیه: ۱۱۸/۵.

والجواهر:

والمشهور علی ما فی الروضه أنّه لیس للحاکم ولایه فی النکاح علی من لم یبلغ ذکراً کان أو أنثی. (۱)

ونسبه فی الحدائق (۲) إلی الأصحاب وکذا فی المستمسک (۳)، بل نقل فیه عن رساله الشیخ الأنصاری أنّه لایبعد کونه إجماعیاً.

ولکن الإنصاف أنّه لا إجماع فی المقام، نظراً إلی وجود المخالف فی المسأله.

أدلّه القائلین بعدم ولایه النکاح علی الصبی للحاکم

وقد استدل للمشهور:

أوّلاً: بأصل عدم ثبوت الولایه لأحد ما دام لم یدل دلیل قطعی من الشارع، وفی المقام لا دلیل علی ولایه الحاکم علی نکاح الیتامی الصغار. (۴)

وأجیب: أن الأصل مقطوع بعموم ولایه الحاکم من نحو قوله صلی الله علیه و آله :

«السلطان ولیّ من لا ولیّ له». (۵)

ومعتبره أبی خدیجه سالم بن مکرم الجمال قال: قال، أبو عبد الله جعفر بن محمّد علیه السلام :

«إیّاکم أن یحاکم بعضکم بعضا إلی أهل الجور، ولکن انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم، فإنی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا إلیه». (۶)

والاستدلال بها فی قوله علیه السلام :

۱- (۱) . جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹.

۲- (۲) . الحدائق الناظره: ۲۳۷/۲۳.

۳- (۳) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۷۶/۱۴.

۴- (۴) . انظر: دلیل تحریر الوسیله: ۲۲۵/۳.

۵- (۵) . جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹.

۶- (۶) . الکافی: ۴۱۲/۷، ح۵؛ التهذیب: ۲۱۹/۶، ح۵۱۶.

«فإنّی قد جعلته علیکم قاضیاً»، بناء علی أنَّ التزویج مع الحاجه من مناصب القضاه ووظائفهم. (۱)

ونوقش فیها من حیث الدلاله، أنَّ کون نکاح الصغار من شؤون القضاء أوّل الکلام، بل الظاهر العدم. (۲)

ثانیاً: أنّ ولایه الحاکم إنّما هی ثابته من باب الحسبه، وهی فی أمور لا بدّ من القیام بها للحاجه إلیها، بحیث لا یرضی الشارع بترکها وتعطیلها، ولا حاجه إلی تزویج الصغار؛ لأن مصلحه النکاح هی الوط ء والجماع والاستمتاع الجنسی، والفرض عدم قابلیه الصغیر لذلک. (۳)

وأشکل علیه:

فی أنَّ مصلحه النکاح لا تنحصر فی الوط ء، کما قال فی الجواهر (۴)، بل ربّما تکون فی أمر آخر، کقرابه المصاهره وسائر الاستمتاعات من غیر الوط ء، وکأنه لذلک أفتی الفقیه الیزدی بشرط الحاجه إلیه أو المصلحه الملزمه فی ثبوت الولایه. (۵)

وفی المسالک بعد أن ذکر دلیل المنع المتقدّم قال: ولا یخلو من نظر إن لم یکن إجماعیّاً. (۶) وفی کشف اللثام، قال:

لا ولایه له یعنی للحاکم علی الصغیرین، للأصل، وعدم الحاجه فیهما وفیه نظر ظاهر، فإن استند الفرق إلی الإجماع صحّ، وإلّا أشکل. (۷)

۱- (۱) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۷۶/۱۴.

۲- (۲) . انظر: دلیل تحریر الوسیله: ۲۲۵/۳.

۳- (۳) . جامع المدارک فی شرح مختصر النافع: ۱۶۶/۴.

۴- (۴) . جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹.

۵- (۵) . العروه الوثقی: ۸۶۹/۲.

۶- (۶) . مسالک الأفهام: ۱۴۶/۷.

۷- (۷) . کشف اللثام: ۶۱/۷.

ولأجل أنّه لم يتّضح الإجماع على العدم يتعيّن البناء على الثبوت مع الضروره والحاجه الشديده، من باب ولايه الحسبه التى مرجعها إلى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرّف فى الجمله، والقدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم أو بإذنه مع الإمكان، وإلّا فمن غيره والظاهر أنّها من مناصب القضاه، كما أنها المقصوده من ولايه السلطان، يعنى: أنَّ السلطان ولىّ فى المورد الذى لا بدّ فيه من نصب الولىّ وتصرفه، ولعلَّ تعليل الأصحاب المنع فى الصبى بعدم الحاجه يقتضى البناء منهم على الولايه مع الحاجه. (۱)

ثالثاً: صحيح محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام :

فى الصبى يتزوّج الصبيه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم». (۲)

الاستدلال بها بمفهوم الشرط، فإن مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب. (۳)

وأورد عليه:

أنَّ مفهومها معارض بمنطوق صحيحه ابن يقطين قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجاريه، وهى بنت ثلاث سنين أو يزوّج الغلام، وهو ابن ثلاث سنين؟ وما أدنى حد ذلك الذى يزوجان فيه، فإذا بلغت الجاريه، فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أووليها». (۴)

مضافاً إلى أنَّ الأدلّه على ثبوت الولايه له تكون مخصصه للمفهوم نظير الأدلّه الداله على ولايه الجدّ. (۵)

۱- (۱) . مستمسک العروه الوثقى: ۴۷۷/۱۴.

۲- (۲) . التهذيب: ۳۸۲/۷.

۳- (۳) . عوائد الأيّام/۵۶۷.

۴- (۴) . وسائل الشيعه: ۲۰۸/۱۴، باب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح۷.

۵- (۵) . النور الساطع فى الفقه النافع: ۴۸۸/۱.

أدلّه القائلين بثبوت ولايه النكاح على الصبى للحاكم

واستدلّ لهم بما يلى:

أوّلاً: أنّه وليه فى المال فيكون وليه فى النكاح للتلازم بين ولايه المال وولايه النكاح؛ لأنه من جمله مصالحه. (١)

ونوقش هذا الاستدلال بعدم التلازم بين ولايتى المال والنكاح. (٢)

ثانياً: الحديث النبوى: «السلطان وليّ من لا وليَّ له». (٣)

وأشكل عليه بما يلى:

أوّلاً: ضعف السند، و توضيحه: أنَّ سند الحديث ضعيف بالإرسال، و من المعلوم أن الاعتماد عليه منوط بانجبار ضعفه بعمل المشهور، و هو لا يخلو من تكلّف. (۴)

ثانياً: أنَّ معناه أنّه وليّ من لا وليَّ له ويحتاج إلى الوليّ، لا أنّه وليّ من لا وليَّ له سواء كان محتاجاً إلى الوليّ أم لا. (۵)

ثالثاً: صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنّه قال:«الذى بيده عقده النكاح هو وليّ أمرها». (۶)

ولا شك أنَّ الحاكم ولى أمر الصغير، ولا فارق بين الذكر والأنثى. (٧)

ص:١٢١

١- (١) . رسائل آل طوق: ۴١١/٣.

٢- (٢) . كشف اللثام: ۶٢/٧.

٣- (٣) . سنن أبى داود: ٢٢٩/٢،ح ٢٠٨٣، سنن الترمذى: ٢٨١/٢/ح١١٠٨.

۴- (۴) . هدى الطالب فى شرح المكاسب: ١٨۵/۶.

۵- (۵) . عوائد الأيّام/۵٧۶.

۶- (۶) . التهذيب: ٣٩٢/٧، ح ١۵٧٠.

٧- (٧) . النور الساطع فى الفقه النافع: ۴٩٠/١.

الرَّاجِح

والـذی یبـدوا لی بهذه المرحله هو ثبوت ولایه الحاکم فی تزویج الصـغیرین لاقتضاء الأدلّه ومنها: «السـلطان ولیّ من لا ولیَّ له»، وقـد اشـتهر فی الألسن وتداول فی بعض الکتب (۱) کما أشار إلیه الشـیخ الأنصاری قدس سـره (۲) ،بل نُسبت روایته إلی النبی صلی الله علیه و آله إلی کتب العامّه والخاصّه أن السـلطان ولیّ من لا ولیَّ له ولعل الأصل فیه من کتب العامّه ما رواه البیهقی فی سننه عن رسول الله صلی الله علیه و آله أنّه قال:

«لا تنکـح المرأه بغیر أمر ولیها، فإن نکحت فنکاحها باطل، ثلاث مرات، فإن أصابها فلها مهر مثلها بما أصاب منها، فإن اشـتجروا فالسلطان ولیّ من لا ولیَّ له». (۳)

هذا وقد استدل بالحدیث صاحب الجواهر، وغیره، حیث قال فی مبحث أولیاء النکاح فی نفی کلام المشهور:

أنه لیس للحـاکم ولاـیه فی النکاح بالأصل، أن الأصل مقطوع بعموم ولایه الحاکم من نحو قوله صـلی الله علیه و آله : «السـلطان ولیّ من لا ولیَّ له». (۴)

وأمَّا أنّه لا حاجه للصغیرین فی النکاح، وإنَّ المدار یدور مدار المصلحه فقد تتحقّق فیه للصغیرین والوجدان شاهد.

وعلیه فما نسب إلی المشهور من أنّه لیس للحاکم ولایه النکاح علی الصبی غیر ظاهر الوجه.

المقام الثانی: وهو ولایه الحاکم علی الصغار فی غیر أمر النکاح، ولو من باب الحسبه، فلا خلاف فیه فی صوره فقدان الوصی.

۱- (۱) . مسالک الأفهام: ۱۴۷/۷،جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹،عوائد الأیّام :۵۶۳.

۲- (۲) . المکاسب: ۵۵۸/۳،(ط - الحدیثه).

۳- (۳) . سنن البیهقی: ۱۰۵/۷.

۴- (۴) . جواهر الکلام: ۱۸۸/۲۹.

وأمّـا مع وجوده فلاـ ولاـيه له ما دام الوصـى واجـداً للشـرائط المعتبره؛ وذلك لـدلاله النصوص المعتبره على ولايه الوصـى على الصغار، كما سبق ذكره سابقاً.

ولا خلاف فى ذلك بين فقهاء الإماميّه، كما سبق آنفاً عن مفتاح الكرامه، فإن مقصوده ظاهراً فى غير أمر النكاح، وإلّا فهو مذعن بذهاب الأصحاب إلى عدم ولايه الحاكم على نكاح الصغير مطلقاً.

ثم إنَّ ولايه الحاكم الشـرعى إنَّما تثبت مع عدم وجود الأب والوصـى، كما ادّعى فى المفتاح الإجماع على هذا الترتيب، ولا أقلّ من كونه ظاهر عبارات كثير من الأصحاب.

وأمَّا مع وجود الأب، بل الوصى، لا ولايه له؛ وذلك لما دلَّ من النصوص على ثبوت الولايه لهما بعنوانها بالأصاله، نعم، لو صارا فاقدين للصلاحيه تصل النوبه إلى الحاكم.

الثانى: المراد بالحاكم الشرعى

وأمَّا المراد بالحاكم الشـرعى هنا: فهو الإمام العادل، أو من أذن له فى ذلك عموماً أو خصوصاً، أو الفقيه الجامع لشـرائط الفتوى عند تعذر الأوّلين، ومأذونه فيه بحكمه.

ولكن لقد اختلف الفقهاء قدس سـره فى أنّ من له الولايه على غيره هل هو خصوص الإمام الأصل أى المعصوم عليه السلام ، أم عموم من له السلطنه الحقّه، فيشمل الفقيه المأمون؟

مقتضى كلام غير واحد هو الإختصاص بالإمام المعصوم، قال السيّد الطباطبائى قدس سره :

ويزوجهما مع فقـدهما - أى الأب والجدّ - مع الغبطه إجماعاً؛ لأنه - أى: الحاكم- وليهما فى المال، فيتولى نكاحهما، ثمّ اسـتدل بالنبوى، وقال: ويلحق به - أى: بالسلطان - نوابه لعموم أدلّه النيابه. (1)

۱- (۱) . رياض المسائل: ۱۰۱/۱۱.

ومقتضی کلام جماعه هو الثانی.

قال العاملی قدس سره :

ولا ـ خلاف فی کون المراد بالحاکم حیث یطلق فی أبواب الفقه الفقیه المأمون الجامع لشرائط الفتوی، ونقل فی المسالک (۱) الإجماع علیه. (۲)

وعلیه فیکون للسلطان مصداقان:

أحدهما: الإمام المعصوم علیه السلام ، لکونه المصداق الأتمّ لمن جعلت له الولایه والسلطنه علی غیره.

ثانیهما: الفقیه العادل.

الرَّاجِح

ویبدو لی أنّه عامّ فی کل سلطان عادل، ولا وجه لاستظهارخصوص الإمام المعصوم علیه السلام منه، نعم، هو المصداق الأتمّ لمن جعلت له الولایه والسلطنه علی غیره.

خامساً: الأم لیس لها ولایه علی الصغیر والصغیره

قال الشهید الثانی:

اتّفق الأصحاب عدا ابن الجنید علی أن الأم لا ولایه لها علی الولد مطلقاً، سواء کان ذکراً أو أنثی. (۳)

وقال ابن الجنید:

فأمّا الصبیه غیر البالغه فإذا عقد علیها أبوها فبلغت لم یکن لها اختیار، ولیس ذلک لغیر الأب وآبائه فی حیاته، والأم وأبوها یقومان مقام الأب وآبائه فی ذلک. (۴)

۱- (۱) . مسالک الأفهام: ۱۶۴/۴.

۲- (۲) . مفتاح الکرامه: ۲۵۷/۵.

۳- (۳) . مسالک الأفهام: ۱۹۵/۷.

۴- (۴) . مختلف الشیعه: ۱۲۴/۷.

استدلّ للمشهور بما يلى:

أوّلاً: الأصل، حيث إنّنا بعد عدم وجود دليل لفظى على ولايه الأمّ نشكّ فى ولايتها والأصل عدم الولايه.

ثانياً: أنّ المرأه عند أكثر الفقهاء لا تلى تزويج نفسها، فأولى أن لا تلى نكاح غيرها. (۱)

ثالثاً: جمله من الأخبار منها:

۱. صحيح محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام : فى الصبى يتزوّج الصبيه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم». (۲)

الاستدلال بها بمفهوم الشرط، فإنّ مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب. (۳)

۲. قوله عليه السلام فى صحيح زراره: «لا ينقض النكاح إلّا الأب». (۴)

إلى غيرذلك من الأخبار الكثيره.

ويمكن أن يستدلّ لابن الجنيد بما يلى:

أوّلاً: انّ رسول الله صلى الله عليه و آله أمر نعيم بن النحام أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، وقال: «وائتمروهنّ فى بناتهنّ». (۵)

والاستدلال بها أنّ الائتمار هوامتثال الأمر فيدل على نفوذ أمرها فى نكاح ابنتها. وعليه فثبوت الولايه للأم وأبيها مع فقد الأب وآبائه لا مع وجودهم. (۶)

وأجيب: إنّ الخبر ضعيف السند وحجته قاصره، فإن الائتمار بمعنى المشاوره

۱- (۱) . تذكره الفقهاء: ۵۸۶.

۲- (۲) . التهذيب: ۳۸۲/۷.

۳- (۳) . عوائد الأيّام: ۵۶۷.

۴- (۴) . الكافى: ۳۹۲/۵.

۵- (۵) . سنن البيهقى: ۱۱۵/۷.

۶- (۶) . انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ۳۷۱/۱.

أیضاً، فلعلَّ المراد شاوروهن فی نکاح بناتهن والمشاوره أعمّ من الولایه کما هو واضح. بالإضافه إلی أنّه یدفعه صریحاً، قوله علیه السلام فی صحیحه زراره «لا ینقض النکاح إلّا الأب». (۱)

ثانیاً: بموثق ابراهیم بن میمون عن الإمام الصادق علیه السلام تدلّ علی ثبوت الولایه للأم أیضاً، حیث قال الإمام الصادق علیه السلام :

«إذا کانت الجاریه بین أبویها فلیس لها مع أبویها أمر وإذا کانت قد تزوّجت لم یزوجها إلّا برضاً منها». (۲)

حیث إنّ ظاهرها عدم إختصاص الولایه للأب وثبوتها للأمّ أیضاً.

وأجیب: هذه الروایه بالإضافه إلی ضعف سندها بإبراهیم بن میمون، حیث لم یرد فیه توثیق، ولا مدح، لا ولایه للأم علی انفراد، بل غایه ما تدلّ علیه ثبوت الولایه للأم منضمه إلی الأب وهذا مخالف للنصوص والإجماع القائم علی استقلال الأب فی الولایه. (۳)

الرَّاجِح

والذی یظهر فی هذا المستوی لی: أنّ لا ولایه للأمّ للأصل، وأنَّ الحکم بعدم ولایه الأمّ مجمع علیه، کما قد ورد:

بلا خلاف أجده فیه إلّا من الإسکافی الذی یمکن تحصیل الإجماع علی خلافه. (۴)

فیکون الاتفاق المذکور حجّه للحکم؛ إذ لم یخالف فیه إلّا ابن الجنبد وضعفه واضح لعدم الدلیل علی ولایتها، ومن المحتمل جدّاً أن یراد بالأبوین فی روایه ابراهیم بن میمون الأب والجدّ لا الأب والأمّ، وممّا یقوّی هذا الاحتمال ما ورد عن

۱- (۱) . نهایه المرام: ۹۵/۱.

۲- (۲) . وسائل الشیعه:۱۴، باب ۱ من عقد النکاح، ح۳.

۳- (۳) . موسوعه الإمام الخوئی: ۱۹۹/۳۳.

۴- (۴) . جواهر الکلام: ۲۳۴/۲۹.

فضل بن عبد الملک: «إذا أراد أبوها أن یزوّجها».

فإنّه لو کان المراد بالأبوین الأب والأمّ للزم إضافه الأم أیضاً بخلاف ما إذا کان المراد الأب والجدّ، فإنَّ ذکر عنوان الأب لوحده مع سبق التعبیر عن الجدّ بالأب فی قوله علیه السلام : «أبویها»، لا محذور فیه.

وإذا لم یکن ولایه للام، فلا ولایه لمن یتقرب بها إلی الصغیر والصغیره بالأوّلیه.

سادساً: الأخ لیس له ولایه علی الصغیر أو الصغیره

إنَّ مقتضی الأصل والنصوص الحاصره للولایه بالأب هو عدم ولایه غیره خرجنا عن ذلک فی الجدّ للنصوص الدالَّه علی ولایته، ومقتضی ذلک عدم ولایه الأخ، وإذا نظرنا إلی الروایات فی ولایه الأخ علی الصغیر والصغیره فنراها مختلفه؛ إذ بعضها تثبت له الولایه کمعتبره سماعه عن الإمام الصادق علیه السلام فی قوله عزّ وجلّ: (إِلّا أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) ۱ ، قال: «هو الأب أو الأخ، أو الرجل یوصی إلیه». (۱)

وبعضها ینفی عنه الولایه کصحیحه الحلبی عن الإمام الصادق علیه السلام قال:

سئل عن رجل یرید أن یزوّج أخته؟ قال علیه السلام : «یؤامرها فان سکتت، فهو إقرارها وإن أبت لا یزوجها». (۲)

ومثلها صحیحه داود بن سرحان عن الإمام الصادق علیه السلام : فی رجل یرید ان یزوّج أخته قال:

«یؤامرها فإن سکتت فهو أقرارها، وإن أبت لم یزوجها فإن قالت: زوجنی فلاناً زوّجها ممّن ترضَ...». (۳)

فإنّ لسان الروایتین واضح فی نفی ولایه الأخ.

۱- (۲) . وسائل الشیعه، باب ۵۲ من المهور، ح ۱.

۲- (۳) . المصدر السابق:۱۴، باب ۴ من عقد النکاح، ح ۴.

۳- (۴) . المصدر السابق: ۱۴، باب ۷ من عقد النکاح، ح ۱.

الرَّاجِح

والذی یظهر لی من خلال هذا أنّ لا ولایه للأخ شرعاً لعدم وجود الأدلّه الکافیّه، ومع وجودها فإنَّها قاصره عن الحجّه، بل الذی یوهن روایات إثبات الولایه للأخ ما یلی:

أوّلًا: عدم ذهاب أحد من علماء الإمامیّه إلی ذلک علی الإطلاق، قال السیّد الخوئی: بلا خلاف فیه، ویقتضیه الأصل. (۱)

وهو أصاله عدم ولایه أحد علی غیره إلّا بدلیل معتبر وهو مفقود. وهذا یوجب إطلاعهم علی عیب فی روایات ولایه الأخ، فأعرضوا عنها، وهو موجب للقطع ببطلان هذه الروایات.

ثانیاً: وعلی فرض التعارض بین الروایات وتساقطها بالمعارضه فحینئذٍ ترجع إلی الروایات التی حصرت الولایه بالأب فمنها صحیحه محمّد بن مسلم عن الإمام الباقر علیه السلام : «إن کان أبواهما اللذان زواجاهما فنعم». (۲)

فإنّ مفهومها یقتضی انحصار الولایه فی الأب.

ثالثاً: عند عدم دلیل یدلّ علی ثبوت الولایه للأخ - لتساقط روایات ثبوت الولایه له مع عدم ثبوتها - فإنّ القاعده تقتضی عدم ثبوت ولایه لأحد علی غیره إلّا بدلیل؛ لأن نفوذ العقد من قبل الأخ علی الأخت یحتاج إلی دلیل، فإن لم یوجد دلیل فالعقد محکوم بالبطلان.

وإذا ثبت عدم ولایه للأخ علی أخته فعدم الولایه لأولاد الأخ یکون بالأولویّه القطعیّه.

نعم إذا کان الأخ وکیلًا عنها، وقد ولته أمرها فیکون له الولایه علیها وعلی زواجها بالوکاله، وهذا ممّا لا کلام فیه.

ص:۱۲۸

۱- (۱) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۰۰/۳۳.

۲- (۲) . التهذیب: ۳۸۲/۷.

سابعاً: لیس للعمّ ولایه علی الصغیر أو الصغیره

لأنّنا قلنا إنَّ الولایه تحتاج إلی إثبات شرعی فیما لو لم یوجد فالقاعده تقول بعدم ثبوت ولایه لأحد علی غیره.

کما أنَّ مفهوم صحیحه محمّد بن مسلم المتقدمه تنفی الولایه لغیر الأب، ویؤیّد عدم ثبوت الولایه للعمّ.

ما استدلّ بالإضافه إلی الأصل والنصوص الحاصره للولایه للأب روایه محمّد بن

الحسن الأشعری قال:

کتب بعض بنی عمّی إلی أبی جعفر الثانی الإمام الجواد علیه السلام ما تقول فی صبیه زوجها عمّها، فلما کبرت أبت التزویج؟ فکتب لی: «لا تُکره علی ذلک والأمر أمرها». (۱)

وهذه الروایه قد عبّر عنها البعض بالصحیحه (۲)، والصحیح أنّها لیست کذلک لأنّ الراوی لها هو محمّد بن الحسن بن خالد الأشعری المعروف ب-(الشنبوله)؛ وهو ممّا لم یرد فیه توثیق، لذلک جعلناها مؤید للمطلب.

وإذا لم تثبت الولایه للعمّ، فعدم ثبوتها لأبناء العمّ بالأولویه القطعیّه.

ثامناً: الخال لیس له ولایه علی الصغیر أو الصغیره

وکذا الخال، فلیس له ولایه علی الصغیر أو الصغیره للقاعده المتقدّمه، ولمفهوم صحیحه محمّد بن مسلم المتقدّمه التی حصرت الولایه فی الأب وإذا لم تثبت الولایه للخال، فعدم ثبوتها لأبناء الخال بالأولویه القطعیّه.

۱- (۱) . وسائل الشیعه:۱۴، باب ۶ من عقد النکاح، ح۲.

۲- (۲) . جواهر الکلام: ۱۷۰/۲۹.

المبحث الثانی: الولایه علی المجنون والمجنونه

المطلب الأوّل: فی ثبوت الولایه فی النکاح علی المجانین

إنَّ الجنـون سـبب لثبـوت الولاـیه علی الـذکر والأـنثی، لاسـتوائهما فی العجز عن النظر لأنفسـهما، فلزم أن یکون هنـاک من یلی أمورهمـا، حفظـاً لأنفسـهما، ونظراً لمصالحهمـا، حتّی یزول مـا ألمَّ بهمـا؛ لأنّ تصـرّفات فاقـد العقل خالیه من الإراده الصـحیحه، والقصـد الصـحیح، وإن وقع منهم شـیء موافق للصواب فهو أمر اتفـاقی لا اعتبار له. ولهـذا فهو غیر مکلّف شـرعاً کما یـدلّ علی ذلک حدیث:

رُفِعَ القلم عن ثلاثه، عن الطفل حتّی یبلغ، وعن المجنون حتّی یفیق وعن النائم حتّی ینتبه. (۱)

فثبوت الولاـیه علی المجنون أمر لاـ ریب فیه ومتسـالم علیه، وفرض عـدم الولایه باطل فی نفسه، ومع الاتفاق علیه، إلّا أنَّ الفقهاء قد اختلفوا فی بعض جزئیات المسأله، وذلک تبعاً لاختلاف الاجتهاد عندهم.

۱- (۱) . وسائل الشیعه، کتاب الطهاره، باب ۴ من أبواب مقدّمه العبادات، ح۱۰.

المطلب الثانی: تزویج الأولیاء للمجانین

اشاره

والمجنون قد یکون ذکراً أو أنثی، وکلّ منهما قد یکون صغیراً أو کبیراً، وقد یبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثمّ یجّن، وقد یکون جنونه مطبقاً أو أدواریّاً. والولیّ قد یکون الأب أو الجدّ للأب أو الوصی من قبل الأب أو من قبل الجدّ بشرط عدم وجود الآخر مع فقد الوصی، أو الحاکم، وسنبحث کلّ واحد منهما ولایته علی المجنون والمجنونه علی حِدّه.

ولایه الأب والجدّ علی المجنون والمجنونه

ففی ثبوت الولایه للأب والجدّ علی المجنون والمجنونه خلاف بین کون الجنون متصلاً بالبلوغ أو منفصل.

فالبحث یقع فی موردین:

الأوّل: فی الجنون المتّصل بالبلوغ

وفی حال ثبوت الولایه للأب أو الجدّ علی المجنون والمجنونه المتّصل بالبلوغ، فقد ذکر صاحب الجواهر قدس سره عند قول المصنّف: وتثبت ولایتهما علی الجمیع مع الجنون، قال:

المتصل جنونه بالصغر بلا خلاف أجده فیه، بل فی المسالک أنّه موضع وفاق، بل فی غیرها الإجماع علیه. (۱)

وفی المستند:

ثمّ ولایه الأب والجدّ مع وجودهما علیه مع اتّصال الفساد بالصغر ثابته عند الأصحاب کما فی بعض العبارات، وبلا خلاف کما فی بعض أخر (۲)، وإجماعاً، کما فی کلام جماعه (۳)، بل هو إجماعاً محققاً. (۴)

۱- (۱) . جواهر الکلام: ۱۸۶/۲۹.

۲- (۲) . مفتاح الکرامه: ۲۶۵/۲.

۳- (۳) . منهم صاحب: المسالک: ۴۵۲/۱.

۴- (۴) . مستند الشیعه: ۱۳۴/۱۶.

واستدلّ له بوجوه:

أوّلاً: الإجماع، وهو الدليل عليه. (۱)

ثانياً: عموم ولايتهما على الباكره أو الجاريه أو البنت (۲)، الخاليه عن معارضه ما تضمّن استقلالها لانتفاء الاستقلال فى حقّ المجنون.

ثالثاً: الاستصحاب

ويمكن القول أنّ ولايه الأب والجدّ كانت ثابته قبل البلوغ، فإذا شككنا حين البلوغ فى ارتفاعها كان مقتضى الاستصحاب، وهو بقاء هذه الولايه.

الثانى: فى المنفصل عنه

فلو طرأ الجنون بعد البلوغ والرشد، ففى ثبوت ولايه الأبّ والجدّ على المجنون قولان:

۱. ثبوت ولايتهما عليه

وهذا ما ذهب إليه المحقّق الحلّى قال:

ويثبت ولايتهما على الجميع - أى: الذكر والأنثى، والثيب والبكر، والبالغ والصغير - مع الجنون. (۳)

وصاحب الجواهر (۴) والشيخ الأنصارى (۵) فى رساله النكاح، لعدم الفرق فى الجنون بين المتصل بالبلوغ والمنفصل عنه، فإن حالهما واحد من حيث ثبوت الولايه.

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . انظر: وسائل الشيعه:۱۴، أبواب عقد النكاح، باب۶.

۳- (۳) . شرائع الإسلام: ۲۲۱/۲.

۴- (۴) . جواهر الكلام: ۱۸۶/۲۹.

۵- (۵) . كتاب النكاح: ۲۸۰.

۲. انتفاء ولایتهما علیه

وذلک بالبلوغ والرشد فعودها یحتاج إلی دلیل.

قال المحقّق الکرکی:

التی تجدد جنونها بعد بلوغها تکون الولایه علیها للسلطان، والمنقول عن شیخنا الشهید من أنَّ الولایه للحاکم، ولیس ببعید. (۱)

وهذا أیضاً هو المحکی عن المنتهی وصاحب المدارک، فقالا: الولایه للحاکم الشرعی. (۲)

وفی الجواهر بأنّ الولایه للحاکم الشرعی فی الجمله، حیث قال:

المتّجه علی تقدیر التفصیل، أنّه لو کان الجنون أدواریّاً فاتفق دوره متّصلاً بالبلوغ کانت الولایه لهما وبعد انتهائه ترتفع، فإذا جاء الدور الثانی کانت الولایه للحاکم. (۳)

الأدلّه

أوّلًا: دلیل من أثبت الولایه للأب والجدّ علی المجنون فی المنفصل.

واستدلّ له بأمور:

الأوّل: التمسّک بقوله تعالی: (إِلّا أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) . (۴)

فإنّها بضمیمه النصوص الوارده فی تفسیرها والمصرّحه بأنَّ: (الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) هو الأب والجدّ ظاهره الدلاله فی ثبوت الولایه بقول مطلق؛ نعم، خرج الأخ بالدلیل الخاص والإجماع وخرجت الثیّب المالکه أمرها فیبقی بما فی ذلک المجنونه تحت الإطلاق. (۵)

۱- (۱) . جامع المقاصد: ۱۱۳/۱۲.
۲- (۲) . انظر: موسوعه الفقه: ۱۵/۶۴.
۳- (۳) . جواهر الکلام: ۱۸۷/۲۹.
۴- (۴) . البقره: ۲۳۷.
۵- (۵) . جواهر الکلام: ۱۸۷/۲۹.

ونوقش فيه: أن الآيه الكريمه بضـميمه الروايات المفسّره لا تدلّ إلّا على أن الأب والجدّ هما ممّن بيده عقده النكاح؛ وأمّا حدود ذلك؛ فلا تدل عليها فلا يمكن استفاده الإطلاق من هذه الجهه. (۱)

الثاني: ما أفاده السـيّد الخوئي قدس سره أيضاً في أنّ التمسّك بما ورد في باب الطلاق من أنَّ الوليّ بمنزله السلطان كمعتبره أبي خالد القماط، حيث قال:

قلت للإمام الصادق عليه السـلام : الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال عليه السلام «ولم لا يطّلق هو؟»، قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً لم أطلق أولا يحسن أن يطلق، قال عليه السلام : «ما أرى وليّه إلّا بمنزله السلطان». (۲)

وكذلك ما دلَّ على أنَّ الوليّ بمنزله الإمام كروايه أبي خالد القماط عن الإمام الصادق عليه السلام أيضاً في طلاق المعتوه قال:

«يطلّق عنه وليّه، فإنّي أراه بمنزله الإمام عليه». (۳)

إذا ثبتت الولايه لهما في الطلاق تثبت بالنكاح بالأولويه القطعيه؛ لأنّ أمر الطلاق أعظم من النكاح، ولذا ثبتت لهما الولايه في النكاح على الصغير، ولم تثبت لهما عليه في الطلاق.

وكذلك، فإنّ قوله عليه السـلام : «ما أرى وليّه إلّا بمنزله السـلطان» ظاهر في كونه من باب تطبيق الكبرى على الصغرى وجعل ما للسـلطان من الصلاحيّات في هذه القضيّه للولي، وبما أنَّ السـلطان وليّ بقول مطلق في الطلاق والنكاح وغيرهما فيكون الأب، والجدّ أيضاً ولياً على المجنون بقول مطلق.

الثالث: قال الفاضل الهندي:

۱- (۱) . المؤيد، بحوث استدلاليه كتاب النكاح: ۳۶۴/۱.

۲- (۲) . وسائل الشيعه:۱۵، باب ۳۵ من مقدّمات الطلاق وشرائطه، ح ۱.

۳- (۳) . المصدر السابق: ح۳.

أنَّ ولایه الأب والجدّ ذاتیه منوطه باشفاقهما وتضررهما بما یتضرّر به الولد. (۱)

وفی الجواهر قوه ذلک: لأنّ المنشأ فی ولایتهما الشفقه والرأفه ونحوهما ممّا لا فرق فیه بین المتصل والمنفصل. (۲)

وقد أورد علیه: بأنّه تخمین لا یعوّل علیه فی إثبات حکم شرعی. (۳)

ولکن یمکن توجیهه بأن السیره العقلائیّه قائمه علی تولی الأب والجدّ لشؤون الولد المجنون، ونکته السیره هی إشفاقهما وتضرّرهما بما یتضرّر به الولد فیتمّ الاستدلال.

ثانیاً: دلیل من أثبت الولایه للحاکم علی المجنون فی المنفصل.

واستدلّ له بما یلی:

الأوّل: إن کان دلیل القائل بثبوت الولایه للأب والجدّ علی المجنون بقول مطلق هو الإجماع، فهو غیر متحقّق. (۴)

الثانی: وإن کان المستند هو الاستصحاب، فقد تغیّر الموضوع وتبدَّل. (۵)

الثالث: وإن کان مستنده بعض الاستحسانات، مثل أن ولایه الأب والجدّ ذاتیه منوطه باشفاقهما وتضرّرهما بما یتضرّر به الولد؛ لأنّ المنشأ فی ولایتهما الشفقه والرأفه ونحوهما ممّا لا فرق فیه بین المتّصل والمنفصل، فإنّ الفقه الجعفری أجلّ من ابتناء أحکامه علیها. (۶)

الرابع: وإن کان مستنده مثل خبر زراره، عن أبی جعفر علیه السلام :

۱- (۱) . کشف اللثام: ۶۰/۷.

۲- (۲) . جواهر الکلام: ۱۸۷/۲۹.

۳- (۳) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۳۸/۱۴.

۴- (۴) . انظر: مهذّب الأحکام: ۲۵۸/۲۴.

۵- (۵) . المصدر السابق.

۶- (۶) . المصدر السابق.

«إذا كانت المرأه مالكه أمرها تبيع وتشترى، وتعتق وتشهد، وتعطى من مالها ما شاءت، فإنّ أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك، فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها». (۱)

فلم يثبت اعتبار سنده ودلالته، فتصل النوبه إلى عموم: السلطان وليّ من لا وليَّ له. (۲)

الرَّاجِح

والذى يظهر لى ممّا تقدم، أنَّ الراجح هو ثبوت الولايه للأب والجدّ على المجنون والمجنونه مطلقاً، أى: سواء كان صغيراً أو كبيراً ذكراً كان أو أنثى جنونه كان متصلاً بالبلوغ أو منفصل، ويدلّ عليه قوله تعالى: (وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِي كِتابِ اللّهِ) ۳، وروايات من بيده عقده النكاح وعمومات ولايتهما على الباكره، وجمله أخرى من الأدلّه مثل وحده المناط فى الجنون المتّصل والمنفصل، ومثل مفهوم مرسل بن بكير عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام :

«لا بأس أن تزوج المرأه نفسها إذا كانت ثيباً بغير إذن أبيها إذا كان بأس بما صنعت». (۳)

فإنّ مفهومه ثبوت البأس بدون إذن أبيها إذا كان بأس بما صنعت أى: كانت فاسده العقل، فيتمّ فى الصغير لعدم القول بالفصل.

وخبر زراره، عن الإمام الباقر عليه السلام :

«إذا كانت المرأه مالكه أمرها تبيع وتشترى، وتعتق وتشهد، وتعطى من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها». (۴)

۱- (۱) . وسائل الشيعه: ۲۱۵/۱۴، باب ۹ من أبواب عقد النكاح، ح۶.

۲- (۲) . سنن أبى داود: ۲۲۹/۲، ح۲۰۸۳؛ سنن الترمذى: ۲۸۱/۲ ح۱۱۰۸.

۳- (۴) . وسائل الشيعه: ۲۰۴/۱۴ باب ۳ من أبواب عقد النكاح، ح۱۴.

۴- (۵) . المصدر السابق: ح۶.

فإنَّ الولیّ شامل للأب والجدّ والوصی والحاکم، لکنهم مقدّمون علی الحاکم؛ لأنّه ولیّ من لا ولیّ له، والإشکال علیها بضعف السند وإجمال الولی غیر تام؛ إذ الضعف مجبور بالعمل، ولاـ إجمال فی لفظ الولیّ، بل إطلاقه یشمل کلّ الأولیاء وکون ذا مراتب بالقرائن الخارجیّه، أضف لو کان الولیّ للمجنونه هو الحاکم الشرعی لقالت الروایه: «لاـ یجوز تزویجها إلّا بأمر ولیّ المسلمین» ولم تقل: «إلّا بأمر ولیها»، فإنّ التعبیر: «ولیّها»، یراد منه: ظاهراً الولیّ الخاص، وهو الأب والجدّ للأب، لا العامّ، وهو: الحاکم الشرعی.

أمّا من قال: بأنَّ الولایه للحاکم، فقد استدلّ بأنّ الحاکم هو ولیّ من لا ولی له، والمفروض أنَّ أدلّه ولایه الأب أو الجدّ لا تشمل المقام، ففیه إن إطلاقات کون الحاکم ولیاً بضمیمه ما دلَّ علی أنّه ولیّ من لا ولیّ له یجعل الحاکم فی مرتبه ثانیه، لا المرتبه الأولی فی الولایه.

الوصی له أن یزوّج المجنون والمجنونه

ثمّ إن الوصی للأب أو للجدّ مع، فقد الآخر له أن یزوّج المجنون إذا کان الوصی قد ذکر ذلک فی وصیته.

قال المحقِّق الحلیِّ:

للوصی أن یزوّج من بلغ فاسد العقل إذا کان به ضروره إلی النکاح. (1)

ونحوه فی القواعد. (2) وفی المسالک: یظهر عدم الخلاف فی هذه الصوره یعنی صوره ما إذا بلغ فاسد العقل (3) ، وقد تقدم الاستدلال علیه فی بحث الوصی مفصلاً، فراجع ثمّه.

١- (١) . شرائع الإسلام،٢/٢٢١.
٢- (٢) . قواعد الأحکام،٢/٥٦٢.
٣- (٣) . مسالک الافهام،١٤٩/٧.

الحاکم الشرعی له أن یزوّج المجنون والمجنونه

یتمکّن الحاکم الشرعی أن یزوّج المجنون والمجنونه إذا فقد الأب والجدّ للأب والوصی لأحدهما.

وقد ذهب المشهور إلی ذلک بلا خلاف أجده فیه، بل الظاهر کونه مجمعاً علیه. (۱))وقد قیل:(بلا خلاف بین علمائنا یعلم (۲)، بل بالإجماع، کما قیل. (۳)

واستدلّ له بوجوه:

الأوّل: لما روی عن النبی صلی الله علیه و آله من أن: «السلطان ولیّ من لا ولیّ له». (۴)

وتقریب الاستدلال به:

یدل هذا علی ثبوت الولایه علی من لا ولیّ له فی التصرّفات المتوقفه نفوذها علی إذن الولیّ لمن له السلطنه، والحاکم له الولایه باعتبار قیام السلطان مقام الولی حیث لاولیّ غیره. (۵)

الثانی: روایه أبی خدیجه عن أبی عبد الله جعفر بن محمّد علیه السلام :

«انظروا إلی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا، فاجعلوه بینکم، فإنّی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا إلیه». (۶)

وثبوت هذا المنصب کغیره من مناصب القضاء للفقیه، وعلی هذا ثبوت الولایه للحاکم علی المجنون. (۷)

۱- (۱) . جواهر الکلام،۱۸۹/۲۹.

۲- (۲) . مستند الشیعه،۱۴۳/۱۶.

۳- (۳) . انظر: الریاض،۸۱/۲.

۴- (۴) . سنن أبی داود: ۲۲۹/۲،ح ۲۰۸۳؛ سنن الترمذی: ۲۸۱/۲ ح۱۱۰۸.

۵- (۵) . فقه الصادق: ۱۶۷/۲۱.

۶- (۶) . وسائل الشیعه: ۴/۱۸، باب ۱ من أبواب صفات القاضی، ح۵.

۷- (۷) . انظر: فقه الصادق: ۱۶۷/۲۱.

الثالث: أنَّ الحاكم وليّ المجنون فی ماله بلا خلاف، فیشمله صحیح أبی بصیر، ومحمّد بن مسلم، عن أبی جعفر علیه السلام قال:

سألته عن الـذی بیده عقده النکاح؟ قال: «هو الأب والأخ والرجل یوصـی إلیه والذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها ویشتری فأی هولاء عفا فقد جاز». (۱)

ولا یضرّ اختصاصه بالمرأه، لعدم القول بالفصل بینها وبین الرجل، وما دلّ أنّ من بیده عقده النکاح هو ولیّ أمرها، کصحیح عبد الله بن سنان، فإنّ الحاکم ولیّ أمر المجنون والمجنونه. (۲)

الرَّاجِح

والـذی یظهر لی، أنّ الحـاکم له تزویـج المجنون والمجنونه ممّن لا ـ ولیّ له، وذلک للإطلاقات الـداله علی ولایه الحاکم، ثمّ إنّ من الفقهاء من ذهب إلی أن ولایه الحاکم الشرعی (الفقیه) قد ثبتت بأدلّه لفظیّه مثل التوقیع المروی عن إسحاق بن یعقوب قال:

سـألت محمّـد بن عثمـان العمری أن یوصـل لی کتابـاً قـد سـألت فیه عن مسائل أشـکلت علیّ، فورد التوقیع بخطّ مولانا صاحب الزمان علیه السـلام : «أمَّا ما سألت عنه أرشـدک الله وثبتک...وأمَّا الحوادث الواقعه، فارجعوا فیها إلی رواه حـدیثنا، فإنَّهم حجّتی علیکم، وأنا حجه الله». (۳)

بناءً علی توثیق إسحاق بن یعقوب والاستدلال بالجمله الأخیره علی الولایه: «فإنّهم حجّتی علیکم وأنا حجّه الله».

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۲۱۳/۱۴.

۲- (۲) . انظر: فقه الصادق: ۱۶۷/۲۱.

۳- (۳) . وسائل الشیعه: ۱۸، باب ۱۱ من صفات القاضی، ح۹.

لاخيار للمجنون بعد إفاقته

إذا زوّج الوليّ المجنون أو المجنونه، فلا خيار لأحدهما بعد إفاقته.

قال الشهيد الثانی:

وحيث تثبت الولايه على المجنون فلا خيار له بعد الإفاقه إجماعاً (۱)، و)قيل:(لا يعرف فيه خلاف. (۲)

واستدلّ له بما يلی:

أوّلاً: الإجماع (۳)

ثانياً: أصاله اللزوم، حيث إن مقتضى اطلاق صحّه العقد الصادر من وليه ونفوذه هو عدم ثبوت الخيار له بعد افاقته فإنّ ثبوت الخيار يحتاج إلى دليل ولا دليل على ثبوت الخيار بعد إفاقته. (۴)

۱- (۱) . مسالک الأفهام: ۱۴۴/۷.

۲- (۲) . کشف اللثام: ۹۹/۷.

۳- (۳) . انظر: مسالک الأفهام: ۱۴۴/۷.

۴- (۴) . انظر: موسوعه الإمام الخوئی: ۲۲۹/۳۳.

المبحث الثالث: ولايه الأب والجدّ من طرف الأب على البكر الرشيده

تمهيد

إنَّ القول فى حكم الولايه فى النكاح يقتضى معرفه الأسباب الموجبه للولايه على النفس عموماً، وهى تنقسم بحسب الظاهر إلى قسمين:

الأوّل: ما يخص الأنثى فى النكاح، بسبب وصف الأنوثه عند البعض القائل بثبوت الولايه على البكر الرشيده، فبه تثبت الولايه فى النكاح على الإناث دون الرجال.

الثانى: أسباب عامّه، لا تختص بباب النكاح، بل يشاركه غيره من العقود، وهى عدم أو نقصان أهليّه الشخص للتصرّف، بسبب صغره، أو جنونه، أو رقّه، أو ماشابه ذلك، وواضح من هذه الأسباب استواء الذكور فيها والإناث.

وإنّما أردت البحث فى بيان حكم الولايه على البكر الرشيده لما يلى:

أوّلًا: أنَّ الولايه فى النكاح – عند الإطلاق – لا تنصرّف إلّا إلى الولايه على الأنثى، لعدم القول بالولايه على الرجل فى النكاح.

ثانياً: أهمّيه الولايه فى النكاح على البكر الرشيده؛ إذ هى محلّ الخلاف، وهى الصوره الغالبه الوقوع فى النكاح؛ لأنّه إنما يتم – غالباً. بين رجل وامرأه حرَّين مكلَّفين، وما سوى ذلك من تزويج الصغار والمجانين فقليل ونادر.

ص:۱۴۳

لـذلك رأيت أن يكون البحث فى الولايه فى الزواج على البكر الرشـيده أكثرعمقاً وبحثاً وتفصـيلًا؛ لأنَّه هو المهمّ فى بحث هذه الرساله المتواضعه.

فمن الله استمد العون والتوفيق.

الولايه على البكر الرشيده

وأمّا الحديث عن البكر البالغه الرشيده اختلف الفقهاء فى هذه المسأله على أقوال خمسه، وهى:

أ) ذكر الأقوال إجمالاً:

القول الأوّل: استقلال الأب والجدّ فى الولايه عليها.

القول الثانى: استقلال البكر الرشيده فى ولايتها عن نفسها.

القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الأوّل دون الثانى.

القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الثانى دون الأوّل.

القول الخامس: التشريك فى الولايه بينها وبين الأب أو الجدّ فيعتبر إذنهما معاً.

وإليك بيان هذه الأقوال وأدلتها بالتفصيل - ما أمكن - وسيكون بحثها على النحو التالى:

١. تحرير كلّ قول مع نسبته لقائله.

٢. أدلّه قائله ومناقشه كلّ دليل.

٣. ثمّ بيان ما يظهر رجحانه فى أخر هذا البحث، إن شاء الله تعالى.

ب) تفصيل الأقوال وأدلّتها:

القول الأوّل: وهو استقلال الأب والجدّ فى الولايه عليها

وعلى هـذا، فـإنّ مباشره عقـد النكـاح هو حقّ من حقوق وليهـا، فلا تلى نكاح نفسـها، ولا عباره لها فى النكاح، وإن عقـدته فهو موقوف على إجازه وليِّها.

وهـذا هو مختارالصـدوق فی الهدایه، حیث قال: «ولا ولایه لأحد علی البنت إلّا لأبیها ما دامت بکراً» (۱)، والعمانی، والصهرشتی (۲)، والشیخ فی النهایه:

ولا یجوز للبکر أن تعقـد علی نفسـها نکاح الـدوام إلّا بإذن أبیها، فإن عقـدت علی نفسـها بغیر إذن أبیها، کان العقد موقوفاً علی رضا الأب، فإن أمضاه مضـی، وإن لم یمضه، وفسـخ، کان مفسوخاً، ولوعقـد الأب علیها من غیر استئـذان لها مضـی العقـد، ولم یکن لها خلافه، وإن أبت التزویج وأظهرت کراهیته لم یلتفت الی کراهیتها. (۳)

فجعـل علیهـا الولاـیه، ولـم یسـوغ لهـا التفرد بالعقـد وبه قـال فی التهـذیب، والاسـتبصار، والخلاـف، والمبسـوط (۴)، والقاضی، والراوندی حیث یقول:

قوله تعالی: (الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) ۵ الأب والجدّ مع وجود الأب إذا کانت البنت صـغیره لم تبلغ مبلغ النساء، أو بلغت وکانت بکراً، فکلّ واحـد منهمـا أن یعقـد علی کـلّ واحـده منهما، ولا تکون للصـغیره إذا بلغت خیار. وکـذلک إن أبت التزویـج البکر وأظهرت کراهیه بما عقد علیها أبوها أو جدّها مع وجود الأب، فلا یلتفت إلی کراهیتها. (۵)

وهـو ظـاهر موضع من الوسـیله: «حیث جعـل نکـاح البکر الرشـیده موقوفـاً علی الإجـازه» (۶)، والکفـایه، وشـرح النافع لصاحب المدارک (۷)، والمحدّث البحرانی فی الحدائق،

۱- (۱) . الهدایه: ۲۶۰.

۲- (۲) . المختلف: ۵۳۴؛ حکاه عن الصهرشتی فی الحدائق: ۲۱۱/۲۳.

۳- (۳) . النهایه: ۴۶۵.

۴- (۴) . التهذیب: ۳۷۹/۷؛ الاستبصار: ۲۳۴/۳؛ الخلاف: ۲۵۰/۴؛ المبسوط: ۱۶۲/۴.

۵- (۶) . المهذّب: ۱۹۳/۲؛ فقه القرآن: ۱۳۸/۲.

۶- (۷) . الوسیله الی نیل الفضیله: ۳۰۰.

۷- (۸) . الکفایه: ۱۵۵، حکاه عن شرح النافع فی الحدائق: ۲۱۱/۲۳.

والمحدّث الكاشانی فی رساله أفردها للمسأله، ویمیل إلیه کلام الفاضل الهندی فی شرح القواعد. (۱)

الأدلّه

استدلّ من اشترط الولایه فی نکاح البکر البالغه الرشیده بالکتاب والسنّه، وإلیک بیان ذلک ما أمکن حسب الآتی:

أ) القرآن الکریم

قوله تعالی: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِيمٌ) . (۲)

فالخطاب فی قوله تعالی: (وَ أَنْكِحُوا) هو للأولیاء المکلّفین.

قال الشیخ الطوسی:

هذا خطاب من الله تعالی للمکلّفین من الرجال یأمرهم أن یزوجوا الأیامی اللواتی لهم علیهن ولایه، وأن یزوّجوا الصالحین المستورین الذین یفعلون الطاعات من الممالیک والإماء إذا کانوا ملکاً لهم. (۳)

وفیه دلاله علی أن إنکاح الحرائر إلی الأولیاء، وأن إنکاح الأرقّاء إلی أسیادهم.

ب) السنّه

وأمّا أدلّه اشتراط الولایه فی النکاح من السنه، فهی أظهر وأشهر منها.

۱. روایه الفضل بن عبد الملک عن الإمام الصادق علیه السلام قال:

۱- (۱) . کشف اللثام: ۱۸/۲.

۲- (۲) . النور: ۳۲.

۳- (۳) . التبیان: ۴۳۲/۷.

«لا تستأمر الجاريه التی بین أبویها إذا أراد أبوها أن یزوّجها هو أنظر لها؛ وأما الثیب فإنّها تستأذن، وأن کانت بین أبویها إذا أراد أن یزوجاها». (۱)

وهذه الروایه تامّه، سنداً، وإن وقع فیها جعفر بن سماعه، فإنّه جعفر بن محمّد بن سماعه، وهو ثقه بشهاده النجاشی. (۲)

وأما دلالتها، فهی تدلّ علی ولایه الأب علی التزویج بنحو له أن یزوّجها دون استیذانها ورأیها، فهی تدلّ علی عدم اختیارها فی قبال الأب إذا أعمل الاب ولایته. (۳)

ونوقش فی الاستدلال بها:

إنَّ العنوان المأخوذ فی الروایه هو الجاریه، وهی الفتیه من النساء، کما ورد فی لسان العرب - أی: الشابه الحدثه التی هی فی مطلع شبابها - وهذا العنوان أخص من عنوان البکر، وبمناسبه الحکم والموضوع تدلّ علی أنّ ذلک لأجل ضعف رشد الجاریه عاده، ویشهد له أیضاً التعلیل هو أنظر لها.

وعلیه، فبما أنَّ للحکم نکته عرفیه فلا یحمل علی التعبد وإنَّما الملحوظ فی ولایه الأب هو الرشد وینتج من ذلک أنّه فی مورد لا تتواجد فیه النکته، فلیس للأب استقلالیّه فی التزویج. (۴)

۲. روایه أبی مریم عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«الجاریه البکر التی لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبیها». (۵)

فهی واضحه الدلاله علی المطلوب علی أنّه لیس لها مع أبیها أمر.

وأورد علی الاستدلال بها:

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۳ من النکاح، ح۶.

۲- (۲) . رجال النجاشی: ۴۱.

۳- (۳) . انظر: المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۳/۱.

۴- (۴) . المصدر السابق.

۵- (۵) . وسائل الشیعه: ۳ من أبواب أولیاء العقد، ح۷.

إنّها ضعيفه سنداً بالمعلّی بن محمّد الوارد فی سندها، والذی لم یثبت وثاقته، علی أنّها لا تدل علی استقلال الولیّ وإنّما تنفی أستقلالها فقط. (۱)

۳. معتبره علی بن جعفر عن أخیه الإمام موسی بن جعفر علیه السلام قال:

سألته عن الرجل هل یصلح له أن یزوّج ابنته بغیر إذنها؟ قال علیه السلام : «نعم لیس للولد مع الوالد أمر إلّا أن تکون امرأه قد دخل بها قبل ذلک فتلک لا یجوز نکاحها إلّا أن تستأمر». (۲)

ودلالتها علی استقلال الأب فی تزویج بنته وعدم سلطنتها علی التزویج مع تصدّی الأب لا مستقلّاً ولا منضمّاً وإطلاقها شامل لمطلق البکر. (۳)

۴. روایه عبد الله بن الصلت عن أبی الحسن علیه السلام قال:

وسألته عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبیها أمر؟ فقال علیه السلام : «لیس لها مع أبیها أمر ما لم تثیب». (۴)

والروایه تامّه سنداً.

وأما دلاله، فقد یقال: إن قوله علیه السلام : «لیس مع أبیها أمر»، له احتمالین:

الأوّل: أنّه لیس لها مع وجود الأب اختیار أصلًا.

الثانی: أنّه لیس لها مع أمر الأب أمر.

وعلی الاحتمال الأوّل تدلّ الروایه علی أنّه لا ـ اختیارلها فی النکاح مطلقاً، بینما علی الاحتمال الثانی تدل الروایه علی عدم اختیارها إذا تدخّل الأب وکان له أمر.

فإذا بنی علی الإجمال کان القدر المتیقن هو ما إذا کان لأبیها أمر، فإنّه الثابت علی کلا الإحتمالین، إلا أنّ المُنساق عُرفاً من الروایه هو الاحتمال الأوّل، فتدلّ علی

۱- (۱) . المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۳/۱.
۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۹، من أبواب عقد النکاح، ح۸.
۳- (۳) . انظر: المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۹/۱.
۴- (۴) . وسائل الشیعه: ۱۴ باب۹، من أبواب عقد النکاح، ح ۱۱.

استقلاله فی التزویج وعدم سلطنه لها مطلقاً، إلّا أنّ الوارد فیها هو البکر إذا بلغت مبلغ النساء، فالسؤال عن البنت الحدیثه عهداً بالبلوغ فلا إطلاق لها لمطلق البکر.

وأمّا قوله علیه السلام : ما لم تثیب فإنّ: (ما) وإن کانت زمانیّه، فإنها لا تدلّ علی سعه الموضوع للکبیره، فإنّ الضمیر فی تثیب یرجع إلی البکر الحدیثه عهداً بالبلوغ، فهی فی هذه السن تحت ولایه الأب ما لم تصبح ثیّب، فإذا صارت ثیباً انتهت سلطنه الأب المطلقه علیها وإن کانت حدیثه عهد بالبلوغ.وهذا یعنی تمام مدخلیه البکاره فی الحکم بالولایه المطلقه علیها، وکون الحکم تعبدیّاً، وبما أن هذا خلاف الإرتکاز ومناسبه الحکم والموضوع، فلا بدّ من رفع الید عن ذلک. (۱)

۵. روایه عبید بن زراره عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث قال:

«لا تستأمر الجاریه فی ذلک إذا کانت بین أبویها فإذا کانت ثیباً فهی أولی بنفسها». (۲)

وهی تدلّ علی سلطنه الأب علی تزویج الجاریه إذا أراد تزویجها بقرینه لا تستأمر، فهی تدل علی أنّ محلّ النظر هو ما إذا تصدی الأب لتزویجها وموضوعه الجاریه فلا تدل علی سعه الحکم لمطلق البکر. (۳)

وغیرها من الروایات ویؤید هذا القول ما نسب إلی النبی صلی الله علیه و آله أنّه قال: «لا نکاح إلّا بولی» (۴)، وما نسب إلیه أیضاً عن الزهری أنَّ النبی صلی الله علیه و آله قال: «أیّما امرأه نکحت نفسها بغیر اذن ولیها فنکاحها باطل)قالها ثلاثاً(.

ولکن توجد روایتان معتبرتان تعارض ما تقدم وتقول بلزوم استشاره البکر وعدم استقلال الأب فی أمرها وهما:

۱- (۱) . المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۶/۱.

۲- (۲) . وسائل الشیعه، باب ۳ من أبواب أولیاء العقد، ح۱۳.

۳- (۳) . المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۵/۱.

۴- (۴) . سنن البیهقی، ح ۷: ۱۲۶ - ۱۲۴ نصب الرایه: ۱۶۷/۳؛ ۲۴۹/۶.

الأولی: صحیحه منصور بن حازم عن الإمام الصادق علیه السلام قال: «تستأمر البکر وغیرها ولا تنکح إلا بأمرها». (۱)

الثانیه: معتبره صفوان قال:«استشار عبدالرحمن الإمام موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته لابن أخیه قال علیه السلام : افعل ویکون ذلک برضاها فإن لها فی نفسها نصیباً». (۲)

قال: واستشار خالد بن داود الإمام موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته علی بن جعفر، فقال علیه السلام :

«افعل ویکون ذلک برضاها، فإن لها فی نفسها حظّاً». (۳)

وبما أنَّ هاتین الطائفتین من الروایات إذا عرضتا علی الکتاب کانت الموافقه للکتاب هی الطائفه الثانیه التی تقول باعتبار إذن المرأه فی العقد علیها، فهی المعتبره فی الاستناد إلیها.

والذی یظهر لی، أنّ الروایتین لا یظهر منهما إلّا اعتبار رضا البکر دون نفی انضمام إذن الأب إلی رضاها، بل قد یظهر منهما أن المعتبر هو رضاهما معاً لقوله علیه السلام : «أن لها فی نفسها نصیباً أو حظّاً»، فتکون هاتین الروایتین من أدلّه القول الخامس.

أمَّا النبویتین، فلا یمکن قبولهما من أمور عده: منها: بطلان الأوّل لجواز نکاح المرأه إذا کان ولیها غائباً أو ناقصاً بجنون أورق أو کفر مع إسلامها، فحینئذٍ یکون المراد منه لا نکاح کامل إلّا بولیّ کما فی لا صلاه لجار المسجد إلّا فی المسجد وبطلان الثانی بما ذکره الترمذی فی سننه من أن ابن جریح سأل الزهری عن هذا الخبر الذی یروی عنه فلم یعرفه. (۴)

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۳ من عقد النکاح، ح ۱۰.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . المصدر السابق.

۴- (۴) . سنن الترمذی: ۴۱۰/۳ ذیل، ح ۱۱۰۲.

القول الثانی: استقلال البکر الرشیده فی الولایه علی نفسها

وعلی هذا، فالمرأه العاقله الرشیده البکر لها أن تزوج نفسها من دون إذن ولیها.

وهذا هو مذهب السیّد المرتضی، حیث قال:

بجواز عقد المرأه التی تملک أمرها علی نفسها بغیر ولیّ. (۱)

وقال الشیخ المفید:

والمرأه إذا کـانت کـامله العقل سدیـده الرأی کانت أولی بنفسـها فی العقـد علی نفسـها غیر أنها إذا کانت بکراً ولها أب أو جدّ لأب فمن السـنه أن یتولی العقد علیها أبوها أو جدّها لأبیها، ولو عقدت علی نفسها بغیر إذن أبیها کان العقد ما ضیاً وإن أخطأت السنه فی ذلک. (۲)

وقال العلّامه الحلّی:

فأما عقدهما أی الأب والجدّ علیها بعد بلوغها التسع سنین، وهی رشیده مالکه لأمرها، وهی بکر غیر ثیّب، فإن لم ترض وأظهرت الکراهه بطل العقد وانفسخ، وهو قول شـیخنا المفید فی کتابه أحکام النساء وقول السیّد المرتضی، وإلی هذا أذهب وعلیه أعتمد وبه أفتی. (۳)

والمحقّق:

«أما البکر البالغه الرشیده فأمرها بیدها، ولو کان أبوها حیاً.» (۴)

وقال العلّامه الفاضل:

وإن کانت بالغه رشیـده، فإن کانت ثیّباً کانت الولایه لها خاصه تولی أمرها من شاءت ولو عقـدت بنفسـها صح، وإن کانت بکراً فکذلک علی أقوی القولین. (۵)

۱- (۱) . الانتصار :۲۸۳.

۲- (۲) . أحکام النساء: ۳۶.

۳- (۳) . السرائر: ۵۶۱/۲.

۴- (۴) . نجم الدین جعفر، النافع: ۱۷۳/۱.

۵- (۵) . تحریر الأحکام: ۶/۲.

وقد قالا الشهيدان:

«ولا ولايه على البكر البالغه الرشيده فی الأصح.» (۱)

وقال المحقّق الكركی:

«وأنَّ الأصحّ أنّها مع بلوغها ورشدها لها الاستقلال بالعقد على نفسها.» (۲)

وقال الفاضل المقداد بعد أن ذكر الأقوال فی المسأله:

«الأوّل، وهو الحقّ، أیّ: أن البكر البالغ الرشيده أمرها بيدها، ولو كان أبوها حياً.» (۳)

الأدلّه

واستدلّوا أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنه، وإليك بيان ذلك مفصلاً:

أ) أدلّتهم من القرآن الكريم

الدليل الأوّل: قوله تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ ذلِكُمْ أَزْكى لَكُمْ وَ أَطْهَرُ وَ اللّهُ يَعْلَمُ وَ أَنْتُمْ لا تَعْلَمُونَ) . (۴)

قال الشيخ الطبرسی: قوله تعالی: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) ، أی: لا تمنعوهن ظلماً عن التزويج. (۵)

وقد دلّت هذه الآيه من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولیّ، ولا إذن وليها:

ص:۱۵۲

۱- (۱) . اللمعه والروضه: ۱۱۶/۵.

۲- (۲) . جامع المقاصد: ۸۳/۱۲.

۳- (۳) . التنقيح: ۳۱/۳.

۴- (۴) . البقره: ۲۳۲.

۵- (۵) . مجمع البيان: ۱۱۰/۲.

أحدها: إضافه العقد إليهن.

والثانى: نهى الأولياء عن معارضتهن. (۱)

الـدليل الثـانى: قوله تعـالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَهَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) . (۲)

قال القطب الراوندى:

قوله تعـالى: (فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُنـاحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِى أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فأباح فعلها فى نفسـها من غير إشتراط الولىّ قال: ولا يجوز أن يحمل إشتراط المعروف على تزويج الولىّ لها وذلك لوجهين:

أحدها: أنّه تعالى رفع الجناح عنها فى فعلها بنفسها بالمعروف؛

ثانياً: عقد الولىّ عليها لا يكون فعلاً منها فى نفسها. (۳)

الـدليل الثـالث: قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَها فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يَتَراجَعا إِنْ ظَنّا أَنْ يُقِيما حُدُودَ اللّهِ وَ تِلْکَ حُدُودُ اللّهِ يُبَيِّنُها لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ) . (۴)

قـال ابن إدريس الحلّى: قوله تعـالى: (فَإِنْ طَلَّقَهـا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ) فجعل النكاح فى الولايه بيـدها، وأضافه إليها، فالظاهر أنّها تتوّلاه.

قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَها فَلا جُناحَ عَلَيْهِما) أن يتراجعا، فأضاف التراجع - وهو عقد مسـتقل - إليهما؛ لأنّه لو أراد الرجعه من الزوج وحده لما أضافه إليها معاً. (۵)

۱- (۱) . الانتصار: ۲۸۵.

۲- (۲) . البقره: ۲۳۴.

۳- (۳) . فقه القرآن: ۱۳۹/۲.

۴- (۴) . البقره: ۲۳۰.

۵- (۵) . السرائر: ۵۶۱/۲.

ب) الدليل من السنه

وأمّا الدليل من السنه على إنكاح نفسها من دون إذن الولیّ، فقد استدلّوا بجمله من الأحاديث منها ما یلی:

الحديث الأوّل: معتبره الفضيل بن يسار ومحمّد بن مسلم وزراره وبريد بن معاويه كلّهم عن أبی جعفر عليه السلام قال:

«المرأه التی قد ملكت نفسها غير السفيهه ولا المولی عليها تزويجها بغير ولیّ جائز». (۱)

ودلالتها على المطلوب تامّه واطلاقها شامل للبكر، ودعوى عدم كون البكر مالكه لأمرها؛ لأنّه أوّل الكلام فی غايه الضعف لوضوح أن المراد كونها مالكه لنفسها فی غير النكاح، كما هو المنساق منها عرفاً. (۲)

الحديث الثانی: روايه أبی مريم عن أبی عبد الله عليه السلام قال:

«الجاريه البكر التی لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبيها». وقال: «إذا كانت مالكه لأمرها تزوّجت متى شاءت». (۳)

وهی واضحه الدلاله على استقلال البكر الرشيده فی زواجها.

وأشكل على الاستدلال بهذه الروايه بما یلی:

أوّلاً: أنها ضعيفه السند بالمعلّى بن محمّد الذی لم تثبت وثاقته.

ثانياً: بإجمال المراد من كونها مالكه لأمرها، فيحتمل أن يكون المراد به البلوغ، فيكون المراد من الجاريه الصغيره، ويحتمل أن يكون المراد الثيّب فی قبال البكر المذكوره فی صدر الروايه، ويحتمل أن يكون المراد من ليس لها أب والحمل على الأوّل غير ظاهر. (۴)

۱- (۱) . وسائل الشيعه، باب ۳ من أبواب عقد النكاح، ح۱و۷.

۲- (۲) . انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ۳۷۸/۱.

۳- (۳) . وسائل الشيعه، باب ۳ من أبواب عقد النكاح، ح۷.

۴- (۴) . انظر مستمسک العروه الوثقى: ۴۴۲/۱۴.

ثالثاً: أنّ الموضوع فی صدر الروایه لما لم یکن الجاریه، فحسب، بل الجاریه البکر کشف صدر الروایه عن وجود خصوصیه للبکاره ومدخلیتها فی ولایه الأب، وعلیه لا یمکن حمل الصدر علی خصوص الصغیره غیر البالغه وحمل الذیل علی البالغه؛ لأنّ معناه إلغاء خصوصیه البکاره، فإنّ الصبیه أمرها بید أبیها سواء کانت بکراً أم ثیباً، فلا بدّ من حمل الجمله الثانیه علی موت الأب أو تثیب البنت بعد ذلک. (۱)

الحدیث الثالث: روایه عبد الرحمن عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«تزوج المرأه من شاءت إذا کانت مالکه لأمرها، فإن شاءت جعلت ولیاً». (۲)

ودلالتها تامّه وواضحه علی المطلوب.

وأورد علی الاستدلال بها أن سندها ضعیف بالمعلی بن محمّد أیضاً. (۳)

الحدیث الرابع: معتبره عبد الله بن الصلت قال:

سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الجاریه الصغیره یزوجها أبوها ألها أمر إذا بلغت؟ قال: «لیس لها مع أبیها أمر». قال: وسألته عن البکر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبیها أمر؟ قال: «لیس مع أبیها أمر ما لم تکبر». (۴)

فإن ذیلها یدل علی أنّها إذا کبرت لم تکن لأبیها الولایه علیها، والمراد بالکبر لیس البلوغ؛ لکونه قد أخذ فی مفروض السؤال، فلا بدّ أن یکون المراد الرشد.

أمّا لارتکازیّه عدم خصوصیه الکبر؛ وأمّا لکون الکبر أمراً غیر منضبط فی الروایه، فإیکال القضیّه إلی الکبر، وهو أمر مشکک خلاف الارتکاز العرفی فلا بدّ أن یراد به الرشد. (۵)

ص:۱۵۵

۱- (۱) . کتاب النکاح: ۲۶۱/۲.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۳ من أبواب عقد النکاح، ح۸.

۳- (۳) . رجال النجاشی: ۴۱۸؛ رجال ابن الغضائری: ۹۶.

۴- (۴) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۳ من أبواب عقد النکاح، ح۳.

۵- (۵) . انظر: المؤید، کتاب النکاح: ۳۸۰/۱.

وأورد على الاستدلال:

إنّ الروايه لا تـدل على اسـتقلال البالغه الرشـيده، لأنّها لم تنف اعتبار إذن الأب وإنّما دلت على عدم اسـتقلال الأب فى التزويج. (١)

هذه هى جمله من الاخبار المستدل بها فى المقام، وقد ظهر أن فيها ما هو تامّ سنداً ودلالهً.

لكن لا بدّ من ملاحظه أدلّه الأقوال الأخرى والنسبه بينها وبين هذه الأخبار.

القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الأوّل دون الثانى

وعلى هذا، فالمرأه العاقله الرشيده الباكر لها أن تزوّج نفسها من دون إذن وليها إذا كان العقد دائماً؛ وأمّا إذا كان العقد منفصلاً، فليزم أن يكون بإذن الولىّ.

قـال المحقّق: ومن الأصـحاب من أذن لهـا فى الـدائم دون المنقطع. (٢) ولـم يـذكر من هو القائـل، وعن الشـهيد فى شـرح نكت الإرشاد (٣) أنّ المحقّق سئل عن قائله، فلم يجب. (۴)

ويمكن أن يستدل له:

بدعوى انصراف مادلّ على استقلالها إلى خصوص الدائم والتمسّک بإطلاقات أدلّه النكاح المنقطع. (۵)

وقد ذكر السيّد الخوئى:

وفيه مالاـ يخفى فـإن دعوى الانصـراف فى غير محلهـا فـإن المتعه نوع وقسم من النكاح يجرى عليه جميع الأحكام الثابته لعنوان الزواج كحرمه الأم أو البنت فى

۱- (۱) . المصدر السابق: ۳۸۰/۱.

۲- (۲) . شرائع الإسلام: ۲۲۰/۲.

۳- (۳) . غايه المراد فى شرح نكت الإرشاد: ۲۲/۳.

۴- (۴) . السائل هو الفاضل الأبى كما فى كشف الرموز: ۱۱۲/۲ و ۱۱۳.

۵- (۵) . انظر: مستمسک العروه الوثقى: ۴۴۳/۱۴.

فرض الـدخول وحرمتها هی بالزنا بها وهی ذات بعل، أو التزویـج بها فی أثناء العده مع الدخول أو العلم بالحال علی أنّه لو سـلم ذلک ففی المقام معتبرتان تدلّان علی اعتبار إذن الأب فی خصوص المتعه وهما.

أوّلاً: صحیحه البزنطی عن الإمام الرضا علیه السلام : قال: «البکر لا تتزوّج متعه إلا بإذن أبیها». (۱)

ثانیاً: صحیحه أبی مریم عن أبی عبد الله علیه السلام قال: «العذراء التی لها أب لا تتزوّج متعه إلّا بإذن أبیها». (۲)

ومن هنا یکون حکم المتعه حکم الزواج الدائم فی اعتبار رضا الأب.

نعم، فی خصوص المتعه دلت روایتان علی جوازهما من غیر إذن الأب فیما إذا اشترط عدم الدخول وهما:

أوّلاً: روایه الحلبی، قال سألته:

عن التمتع من البکر إذا کان بین أبویها بلا أذن أبویها قال علیه السلام : «لا بأس ما لم یفتض ماهناک لتعف بذلک». (۳)

ثانیـاً: روایه أبی سـعید القماط عمن رواه قال: قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام جاریه بکر بین أبویها تـدعونی إلی نفسـها سـراً من أبویها أفعل ذلک؟ قال: «نعم واتّق موضع الفرج». قال: قلت: فإن رضیت بذلک؟ قال: «وإن رضیت فإنّه عار علی الأبکار». (۴)

وهاتـان الروایتـان لو تمتّا سـنداً فلا محیص عن الالتزام بمضونهما لعـدم المعارض لهما، وبـذلک تکون مخصـصتین لما دلّ علی اعتبار إذن الأب فی تزویج البکر.

إلّا أنهما ضعیفتان سنداً ولاتصلحان للاعتماد علیهما.

أمّا الثانیه، فلوقوع محمّد بن سنان فی الطریق مضافاً إلی إرسالها.

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۲۱، کتاب النکاح، ابواب المتعه، ب ۱۱، ح۵.
۲- (۲) . المصدر السابق.
۳- (۳) . المصدر السابق: ح۹.
۴- (۴) . المصدر السابق: ۲۱ کتاب النکاح، ابواب المتعه، ب ۱۱، ح۷.

وأمّا الأولى، فقد ذكرهما الشيخ باسناده، عن أبی سعید وقد ذکر قدس سره فی الفهرست أنّ أباسعید له کتاب الطهاره، ثمّ ذکر طریقه إلیه. (۱)

غیر أنّه لم یذکر أنّه من هو بالذات، ومن هنا تکون الروایه ضعیفه من حیث جهاله أبی سعید علی أنّه طریقه قدس سره إلیه ضعیف بأبی الفضل. (۲)

ولایه الأب فی الزواج المنقطع

إنَّ الزواج المنقطع قد وقع فی عصر الإسلام فی عهد رسول الله صلی الله علیه و آله وفی عهد أبی بکر إلّا أنّه لما جاء دور عمر بن الخطاب منعه، وقال بتحریمه.

وإلیک العرض التاریخی حول أساس الزواج المنقطع، وما یتفرّع علیه من وجود الولایه وعدمها.

ذکر ابن جریر الطبری فی تفسیره جامع البیان عن آیه المتعه عن عبد الرزاق وأبی داود فی ناسخه وابن جریر عن الحکم قال:

سألته عن هذه الآیه: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِیضَهً وَ لا جُناحَ عَلَیْکُمْ فِیما تَراضَیْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِیضَهِ إِنَّ اللّهَ کانَ عَلِیماً حَکِیماً) ۳ أمنسوخه هی؟ قال: لا ـ قال الحکم: قال علی علیه السلام : «لولا أن عمر نهی عن المتعه مازنی إلّا شقیّ». (۳)

ویقول ابن الأثیر فی نهایته فی ماده شقی: قال ابن عبّاس:

ما کانت المتعه إلّا رحمه رحم الله بها أمّه محمّد صلی الله علیه و آله لولا نهیه عنها - یعنی: عمر - ما احتاج إلی الزنی إلّا الشقیّ، أی: قلیل من الناس. (۴)

وجاء فی تفسیرالجامع لأحکام القرآن: روی عن عطاء عن ابن عبّاس قال:

۱- (۱) . الفهرست :۱۸۴ رقم ۸۲۳.

۲- (۲) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۱۳/۳۳، مسأله ۱.

۳- (۴) . جامع البیان: ۲۰/۵.

۴- (۵) . النهایه: ۴۸۸/۲.

ما كانت المتعه إلّا رحمه من الله رحم بها عباده، ولولا نهى عمر عنها ما زنى إلّا شقىّ. (۱)

وقال الجصّاص فى أحكام القرآن فى تفسير آيه المتعه ما روى عن عمر أنّه قال فى خطبته:

متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله حلالاً أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعه النساء ومتعه الحجّ. (۲)

أمّا من حيث انطواء حقيقه الزواج على المنقطع والدائم إلى حقيقه واحده، كما أشرنا إليه أيضاً فى حقيقه العقد.

وأمّا بالنظر إلى كون الولايه هل تشمل المنقطع أم لا، فالظاهر إن قلنا بالولايه للدائم. فنلتزم بالولايه للمنقطع؛ لأنّهما من مقوله واحده.

ولا وجه لانصراف الولايه للدائم مع كون المنقطع من حقيقه واحده وقله الزمان وطوله لايجعلهما دخيلين فى ماهيه الزواج؛ لأنّ الزمان ظرف لتحققهما.

القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الثانى دون الأوّل

وعلى هذا، فالمرأه العاقله الرشيده الباكر لها أن تزوّج نفسها من دون إذن أبيها إذا كان العقد منقطعاً؛ وأمّا إذا كان دائماً، فليزم أن يكون بإذن الولىّ.

وذهب إلى هذا التفصيل الشيخ الطوسى حيث قال:

بعد نقل ماهو معارض لأخبار إستقلالها، ما هذا لفظه فهذا الخبر يحتمل شيئين:

الأوّل: أن يكون مخصوصاً بنكاح المتعه على ما قدمناه من الرخصه فى ذلک بالشرائط التى قدّمناها.

الثانى: أن يكون محمولاً على أنّها إذا كانت بالغه ولا يزوجها أبوها من كفو

۱- (۱) . الجامع لأحكام القرآن: ۱۳۰/۵.

۲- (۲) . أحكام القرآن: ۱۰۳/۳.

لها ویعضلها بذلک فحینئذ یجوز لها العقد علی نفسها. (۱)

ولم ینسب إلیه فی غیرهما ولا إلی غیره.

واستدلّ علی عدم استقلالها فی الدوام الروایات الداله علی عدم استقلالها، ممّا تقدم.

وعلی استقلالها فی المتعه بجمله من الأحادیث منها ما یلی:

الحدیث الأوّل: روایه أبی سعید القماط عمن رواه قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام : جاریه بکر بین أبویها تدعونی إلی نفسها سرّاً من أبویها أفعل ذلک؟ قال: «نعم واتّق موضع الفرج». قال: قلت: فان رضیت بذلک؟ قال: «وإن رضیت فانه عار علی الأبکار». (۲)

الحدیث الثانی: روایه الحلبی قال: سألته عن التمتع من البکر اذا کان بین أبویها بلا أذن أبویها قال علیه السلام : «لا بأس ما لم یفتض ما هناک لتعف بذلک». (۳)

وهاتان الروایتان لو تمتا سنداً فلا محیص عن الالتزام بمضونهما لعدم المعارض لهما، وبذلک تکون مخصصتین لما دلّ علی اعتبار إذن الأب فی تزویج البکر.

للجمع بین الأخبار من الأخذ بنصوص استقلال الولی، بعد تقییدها بالدوام وإخراج المتعه منها للأخبار المتقدّمه. (۴)

وقد أشکل علی هذا الجمع بإباء ظاهر جمیع الأخبار عنه، فهو جمع غیر عرفی، أی: تبرعی لاشاهد له فی الأخبار أو العرف، بل یأباه الاعتبار لوجود غضاضه وعار علی أهلها فی زواجها بدون إذن ولیها فی المنقطع مع احتمال الحبل فیه، ولو کان قصیر المده فضلاً عن طویلها. (۵)

۱- (۱) . الاستبصار: ۲۳۶/۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۲۱ کتاب النکاح، أبواب المتعه، ب ۱۱، ح۷.

۳- (۳) . المصدر السابق: باب ۱۱ من أبواب المتعه، ح۹.

۴- (۴) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۱۴/۳۳.

۵- (۵) . جواهر الکلام: ۱۷۹/۲۹.

على أنّه توجد صحيحتان تصرحان بلا بدّيه إذن الأب في الزواج المنقطع.

أحدها: صحيحه البزنطي عن الإمام الرضا عليه السلام قال: «البكر لا تتزوّج متعه إلّا بإذن أبيها». (۱)

ثانياً: صحيحه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«العذراء التي لها أب لا تتزوّج متعه إلا بإذن أبيها». (۲)

ومن هنا يكون حكم المتعه حكم الزواج الدائم، وذلک باعتبار رضا الأب.

القول الخامس: التشريک في الولايه بين البكر وبين الأب أو الجدّ فيعتبر إذنهما معاً

اشاره

وأشار إليه المحقّق بقوله:

وفيه روايه أخرى داله على شركتهما في الولايه حتّى لا يجوز لهما أن ينفردا عنها بالعقد. (۳)

واستدلّ له بأمور:

الأوّل: أنّه مقتضى الجمع بين ما دل على اعتبار إذن الأب نضير معتبره العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تتزوّج ذوات الآباء من الأبكار إلّا بإذن آبائهن» (۴)، وما دل على اعتبار إذن البكر. (۵)

الثاني: ما أفاده السيّد الخوئي قدس سره من التمسک بمعتبره صفوان قال:

استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه، فقال: «افعل ويكون ذلک برضاها، فإن لها في نفسها نصيباً».

۱- (۱) . وسائل الشيعه: كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ۱۱، ح۵.

۲- (۲) . المصدر السابق: باب ۱۱ من أبواب المتعه، ح۵.

۳- (۳) . شرائع الإسلام: ۲۷۶/۲.

۴- (۴) . وسائل الشيعه: باب ۶ من أبواب عقد النكاح، ح۵.

۵- (۵) . انظر: المؤيد: كتاب النكاح: ۳۹۰/۱.

قال: واستشار خالد بن داود موسی بن جعفر علیه السلام فی تزویج ابنته علی بن جعفر فقال: «افعل ویکون ذلک برضاها فإن لها فی نفسها نصیباً».

فإنّ لها ظهور فی عدم استقلالها وکون بعض الأمر لها خاصّه. (۱)

الثالث: ما أفاده السیّد الخوئی قدس سره أیضاً من التمسک بمعتبره زراره بن أعین، حیث قال:

سمعت الإمام الباقر علیه السلام یقول: «لاینقض النکاح إلّا الأب» (۲) ومثلها معتبره محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال: «لا ینقض النکاح إلّا الأب». (۳)

وتقریب الاستدلال بهاتین الروایتین یقوم علی أساس أنَّ النقض إنّما یکون بالنسبه إلی الأمر المبرم، وأنّ المقصود من العقد المبرم فی المقام لا یمکن أن یکون العقد الصحیح بالفعل؛ لأنّه غیر قابل للنقض مطلقاً؛ إذ لیس لأحد الخیار فی فسخ النکاح الصحیح بإجماع المسلمین قاطبه.

وعلیه لا بدّ من الحمل علی الإبرام الشأنی والصحّه التأهلیّه - أی: ما یکون صادراً من أهله وواقعاً فی محلّه - بحیث له قابلیّه الإتمام والصحّه عند استکمال سائر الشروط المعتبره. وقد استعمل الإبرام بهذا المعنی فی غیر هذا المورد فقد ورد فی کتاب الصلاه أن من أجهر فی موضع الإخفات أو أخفت فی موضع الجهر فقد نقض صلاته، ومن الواضح أنّه لیس المقصود نقض الصلاه المحکومه بالصحّه بالفعل.

وعلیه، تدلّ هاتان المعتبرتان علی التشریک، فإنّ العقد محکوم بالصحّه الشأنیّه المتوقفه علی رضا الأب وإذنه، فإن تحقق ذلک صحّ العقد بالفعل. (۴)

تقریب الاستدلال

۱. بما أن لیس لأحد الخیار فی فسخ النکاح الصحیح بإجماع المسلمین قاطبه، فلا یراد من النقض هنا النقض الحقیقی للعقد الصحیح، بل لا بدّ أن یکون بالمعنی إنّ ما من شأنه

۱- (۱) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۰۸/۳۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۲۰۵/۱۴، ب ۲۴۱ من ابواب عقد النکاح أولیاء العقد، ح۵.

۳- (۳) . المصدر السابق.

۴- (۴) . الخوئی، کتاب النکاح: ۲۶۵/۲.

أن يكون مبرماً بأن يكون صادراً من أهله، بحيث يكون له قابليّه الإتمام والصحّه يتمكن الأب من نقضه بعدم رضاه، ويتمكّن من حلّه كما يتمكن من تصحيح العقد برضاه.

٢. بما أن الثيب قد ثبت عدم جواز نقض عقدها من قبل الأب وثبت أن عقد الصبيه محكوم بالبطلان وإن أذِنَ الأب فينحصر مورد ها تين الصحيحتين فى تزويج البكر بغير إذن أبيها.

الرَّاجِح

والذى يظهر لى، هو: ترجيح القول الخامس لما فيه الجمع بين النصوص الوارده.

وقد ذكر صاحب الجواهر:

أنّه لم يعرف له وجها سوى دعوى الجمع بين الأدلّه. (١)

وخصوص قوله عليه السلام فى معتبره صفوان: «فإن لها فى نفسها نصيباً» أو: «فإن لها فى نفسها حظّاً»، فإنّهما ظاهران فى عدم استقلالها وكون بعض الأمر خاصه لها.

وأيضاً لصحيحه زراره بن اعين، حيث قال: سمعت الإمام الباقر عليه السلام يقول: «لاينقض النكاح إلّا الأب». (٢)

وصحيحه محمّد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا ينقض النكاح إلّا الأب».

إنَّ التشريك بين البكر وبين الأب أو الجدّ من قبل الأب فى الولايه بمعنى توقّف الصحّه على إذنهما معاً إنّما يكون ذلك مراعاه مصلحه البنت فلأنها بكر لا تجربه لها فى الحياه الزوجيّه ولكونها غير مخالطه للرجال فمعرفتها بصفاتهم وأخلاقياتهم محدوده، ولما قد يغلب عليها من الاندفاع العاطفى، لكلِّ ذلك يخشى عليها من ألّا يكون قرارها فى اختيار الزوج موضوعيّاً مناسباً فتتورّط فى حياه زوجيّه لا تسعدبها،

١- (١) . جواهر الكلام: ١٨٣/٢٩.

٢- (٢) . وسائل الشيعه: ٢٠٥/١٤، ب ٢٤١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح٥.

ولا یمکن الخلاص منها بسهوله، باعتبار أنّ قرار الانفصال والطلاق بید الزوج.

کما أنّها لو حصل بینها وبین زوجها أیّ مشکله فستحتاج إلی وقوف أهلها معها، وإذا ما کان الزواج خلاف رأیهم فتحْرَمُ من دعمهم ومساعدتهم عند اللزوم.

لهذه الحیثیّات التی تصب فی مصلحه البنت، کان لولیها دور فی قرار زواجها، لما یترتّب علیه من ألفه، ومودّه، وسکن، وراحه للحیاه الزوجیّه، وفی ذلک تحقیق لمصالح النکاح الشرعیّه من عُشره بینهما بالمعروف، وقیام بالحقوق الزوجیّه لکلّ منهما نحو صاحبه، وفی ذلک دوام للنکاح، واستقرار له، وتعاون علی حفظ النسل وتربیته، کما أنّه تشیر إلی ذلک بعض الروایات الوارده فی هذا المجال.

ففی صحیحه الفضل بن عبد الملک عن الإمام الصادق علیه السلام قال:«إذا أراد أبوها أن یزوّجها هو أنظر لها» (۱)، أی: هو أصوب نظر لتحقیق مصلحتها لخبرته الاـ جتماعیه وحرصه علی مستقبل ابنته ولموضوعیته فی اتخاذ القرار دون الوقوع تحت سیطره الأحاسیس والعواطف أضف إلی مدی اهتمام الشارع فی احترام إراده المرأه وحریّه التعبیر عمّا فی نفسها، وإنّ إرادتها معتبره فی نکاحها وقد منحها الله تعالی هذا الحقّ، وهو حریّه التعبیر عن هذه المسأله المهمه فی حیاتها، کما أشارت إلی ذلک معتبره صفوان: «فإنّ لها فی نفسها نصیباً» و:«فإنّ لها فی نفسها حظاً» فیکون التشریک بین رضا الأب ورضا البنت فیکون کلا الرضائین بنحو جزء العله المؤثره.

نلخصّ ما تقدّم فی النقاط التالیه:

۱. إنّ القول الأوّل بروایاته الداله علیه استقلال الأب أو الجدّ فی الولایه علیها لا یمکن القول به لما فیه من المعارضه لمعتبره صفوان القائله «إن لها فی نفسها نصیباً» الموافقه للکتاب والسنه الدالین علی عدم ثبوت ولایه أحد علی غیره إلّا بدلیل.

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۲۷۰/۲۰ الباب ۳ من ابواب عقد النکاح، ح۶.

۲. القول الثانی: «استقلال البکر فی أمرها» لا یمکن الأخذ به رغم ذهاب المشهور إلیه؛ لأنَّ أدلته کما تقدّمت هی مطلقه أو عامّه والمطلق أو العامّ لا یمکن الأخذ به إلّا ما ثبت خلافه.

۳. القول الثالث: التفصیل بین الدوام والانقطاع باستقلالها فی الأوّل دون الثانی.

لم یعرف قائله رغم وجود صحیحتین تدلّان علیه، فحینئذٍ تکون الصحیحتان قد أعرض عنهما فسقطتا عن الحجیّه.

۴. القول الرابع: وهو عکس الثالث، لا شاهد له من الأخبار أو العرف.

۵. القول الخامس: إذن هو المتعین للنصوص الصحیحه أوّلاً وعدم مخالفه الکتاب ومطابقه الاعتبار فی إعطائها من نفسها نصیباً أو حظّاً، وهو الموافق للاحتیاط أیضاً.

ص:۱۶۵

المبحث الرابع: الولايه على السفيه المبذِّر

المطلب الأوّل: معنى السفه لغةً واصطلاحاً

السَّفَه لغةً:

فهو ضدّ الحلم، وقيل خفّته، وقيل الجهل، ولا منافاه بين ذلك، فإنّ أصل معنى السـفه: لغه الخفّه، والسـخافه، كما قاله ابن فارس، وغيره، ونصّ على أنّه قياس مطَّرد فى هذا، فيقال ثوب سفيه، أى: ردىء النسج.

ويقال: تسفّهت الريح الشجر، أى: أمالته.

كما قال ذو الرمه:

مشين كما اهتزّت رياح تسفّهت أعاليها مرّ الرياح النَّواسم

ومن شعره فى وصف زمام ناقته:

وابيضَ (١) مَوشيٍّ القميص نصبته على ظهر مقلاتٍ سفيهٍ جَدِيلها

أى: خفيف زمامها. (٢)

ص:١٦٧

١- (١) . الأبيض هنا هو السيف، كما فى اللسان وغيره.

٢- (٢) . انظر: مقاييس اللغه: ٧٩/٣؛الصحاح: ٢٢٣٤/٦؛تاج العروس: ٣٩٠/٩؛ القاموس: ٢٨٧/٤؛ لسان العرب: ٤٩٧/١٣.

السفه اصطلاحاً:

فالسفيه بكسر الفاء، وسمّى سفيها لخفه عقله وسوء تصرفه، وقد عرفه الفاضل الآبى فى كشف الرموز: هو الذى يصرّف أمواله فى غير الأغراض الصحيحه. (۱)

فالسفيه هو المحجور عليه فى التصرّفات الماليّه الذى يصرف الأموال فى غير الأغراض الصحيحه عند العقلاء، بحيث يعاب على ذلک عرفاً؛ ولذا فسّره الفقهاء جميعاً فى كتاب الحجر بهذا المعنى.

قال العلامه:

أما الرشد، فهو كيفيه نفسانيه تمنع من إفساد المال وصرفه فى غير الوجوه اللايقه بافعال العقلاء.

وقال أيضاً:

وأما السفيه فهو الذى يصرف أمواله فى غير الوجه الملايم لأفعال العقلاء. (۲)

وقال المحقّق الحلّى:

أمّا السفيه، فهو الذى يصرف أمواله فى غير الأغراض الصحيحه. (۳)

وقال الطوسى:

والمبذر سفيه (۴)، وفى التنقيح: لا شکّ أنّ المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال وعدم الانخداع فى المعاملات. (۵)

إلى غير ذلک من كلمات الفقهاء بل هى متطابقه على ذلک، وقد فسّر السفيه بهذا المعنى فى بعض الروايات، ففى موثقه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

۱- (۱) . كشف الرموز: ۵۵۳/۱.

۲- (۲) . قواعد الأحكام: ۱۳۷/۲.

۳- (۳) . الشرائع: ۸۶/۲.

۴- (۴) . الخلاف: ۲۸۷/۳.

۵- (۵) . التنقيح الرائع: ۱۸۱/۲.

سأله أبی وأنا حاضر عن قول الله عزّ وجلّ: (حَتّی يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) ، قال: «الاحتلام». قال: فقال: یحتلم فی سته عشر سنه وسبع عشر سنه ونحوها؟ فقال: «إذا أتت علیه ثلاث عشر سنه کتبت له الحسنات وکتبت علیه السیئات وجاز أمره إلّا أن یکون سفیهاً أو ضعیفاً». فقال: وما السفیه؟ فقال: «الذی یشتری الدرهم بأضعافه»، وقال: وما الضعیف؟ قال: «الأبله». (1)

وفی صحیحه عیص بن القاسم عن الإمام الصادق علیه السلام قال:

سألته عن الیتیمه متی یدفع إلیها مالها؟ قال: «إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تضیع». (2)

وفی مرسله الفقیه عن الإمام الصادق علیه السلام :

أنّه سئل عن قول الله عزّ وجلّ: (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ) قال: «إیناس الرشد حفظ المال». (3)

ثمّ هذا التفسیر من الفقهاء یمکن أن یکون مرادهم منه السفیه المحجور علیه فی التصرّفات المالیّه، فیکون ما ذکروه بیاناً للسفیه المخصوص، لا مطلق السفیه.

وعلی هذا یکون عرفهم فی السفیه متطابقاً مع عرف اللغویّین من کونه ضعیف العقل.

المطلب الثانی: الولایه علی السفیه المبذِّر

لا شکّ أنَّ الولایه فی النکاح لا تکون إلّا علی ناقص بصغر أو جنون أو سفه أورقّ، والسفیه هنا من کان سفهه فی تبذیر المال لا من جهه أخری کفساد العقل الملحق له بالجنون، وهولا یجبر علی النکاح؛ لأنّه بالغ عاقل ولا یجوز له الاستقلال بالنکاح لسفهه فی تبذیر المال جاء فی الحدائق:

۱- (۱) . التهذیب: ۱۸۲/۹، ح ۷۳۱.

۲- (۲) . وسائل الشیعه، باب ۱ من أبواب الحجر، ح۳.

۳- (۳) . المصدر السابق: ۱۴۳/۱۳، ح۲.

إنَّ المحجور عليه للسفه والتبذير لا يجوز له أن يتزوّج؛ لأنه ممنوع من التصرّفات الماليه. (۱)

واستدلّ على ذلک:

أنّ السفيه لما كان ممنوعاً من التصرّفات الماليّه، ولما كان النكاح بلحاظ ما يترتّب عليه من مهر ونفقه مندرجاً في التصرّفات الماليّه، لذا كان ممنوع عليه من دون إذن الوليّ، كما يقتضيه الحجر على السفيه. (۲)

وقد أورد عليه السيّد الخوئی بما يلی:

أوّلًا: أن هذا الدليل مختص بالولد دون البنت.

ثانياً: بالمنع من كون مطلق الزواج من الأمور الماليه إذ ربما لا يستلزم النكاح المال، كما إذا نكحها بدون المهر بشرط عدم النفقه.

ثالثاً: أن المهر قد يفرض من غيره ومن دون أی تصرف فی شیء من أمواله؛ وأمّا وجوب الإنفاق، فهو حكم شرعی متفرع على التزويج، وليس من مصاديق التصرّف المالی، فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبه إليه.

وفيه: أنَّ وجوب الإنفاق وإن كان حكماً شرعيّاً، لكن لمّا كان على السفيه أن ينفق، ولما كان الإنفاق تصرّفاً ماليّاً، ولما كانت النفقه تتحدّد بشأن الزوجه وما يليق بها؛ لذا فإنّ الحجر على السفيه فی التصرّفات الماليّه يقتضی منعه من الزواج إلّا بإذن الوليّ لما يستتبعه زواجه من إنفاق، وما يستتبع الإنفاق من تصرف مالی، فكلّ عمل يستتبع تصرّفاً ماليّاً ليس للسفيه بلحاظ الحجر أن يستقلّ به.

ولذا، فإنّ الاستدلال على هذا البحث يكون بالروايات الداله على أن السفيه لا يجوز أمره فی النكاح، فقد وردت صحيحه عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام قال: سأله أبی وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال:

«حتّى يبلغ أشده». قال: وما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشر سنه أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم؟ قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشیء

ص:۱۷۰

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۲۴۶/۲۳.

۲- (۲) . جامع المقاصد: ۱۰۰/۱۲.

جاز أمره إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً. (۱)

وهذه الروايه واضحه الدلاله على عدم جواز أمر السفيه وبقاء الولايه عليه ويجرى الحكم إلى البنت السفيهه لعدم القول بالفصل، وأيضاً وردت صحيحه الفضلاء عن الإمام الباقر عليه السلام قال:

«المرأه التى ملكت نفسها غير السفيهه ولا المولى عليها، تزويجها بغير ولى جائز». (۲)

ويدلّ ظاهر هذه الروايه أنّها قيدت استقلالها فى النكاح بعد أن ملكت نفسها وبلغت بعدم كونها سفيهه وحينئذٍ، فان كانت سفيهه فهى غير مستقلّه فى النكاح. (۳)

فرع

لو تزوّجت السفيهه بدون إذن الولىّ فيتوقف صحّه هذا النكاح على إجازه الولىّ إذا رأى مصلحه فى هذا الزواج ولا يحتاج إلى إعاده الصيغه؛ لأنَّ صيغه السفيهه معتبره، وليست هى كالمجنون والصبى الذى سلب الشارع عبارتهما وجعل عمدهما خطأً؛ ولذا يصحّ أن توكل السفيه فى إجراء صيغه النكاح بين رجل وامرأه، كما يصح له إجراء صيغه نكاح نفسه إذا أذِنَ له الولىّ.

المطلب الثالث: الولايه فى النكاح على السفيه

اشاره

والكلام هنا فى مقامين:

الأوّل: السفيه المتّصل سفهه بزمان الصغر.

الثانى: السفيه الذى لم يتّصل سفهه بصغره.

۱- (۱) . وسائل الشيعه: ۱۳، باب ۲ من أبواب الحجر، ح۵.

۲- (۲) . المصدر السابق: ۱۴، باب ۳ من عقد النكاح، ح۱.

۳- (۳) . انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ۲۳۳/۳۳.

الأوّل: السفیه المتصل سفهه بزمان صغره

فالظاهر ثبوت الولایه علیه للأب والجدّ ومع فقدهما للحاکم الشرعی.

قال الشهید الثانی: فی شرح قول الشهید الأوّل:

والحاکم والوصی یزوّجان من بلغ فاسد العقل، قال: لا ولایه لهما علی الصغیر مطلقاً فی المشهور. (1)

وقال السیّد الطباطبائی فی الریاض شارحاً عباره المختصر النافع للمحقق:

ولا یزوّج الوصی إلّا من بلغ فاسد العقل، وکذا الحاکم.

معلقاً علی الفقره الأولی:

ولا یزوّج الوصی للأب والجدّ صغیری الموصی مطلقاً علی الأشهر کما فی المسالک، وهو الأظهر.

وعلی الفقره الثانیه:

وکذا الحاکم... فلا یزوّج الصغیرین مطلقاً فی المشهور. (2)

بل فی الحدائق اتفاق الأصحاب علیه، حیث قال:

وتثبت ولایته علی من تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ فی غیر إشکال عندهم ولا خلاف، وتنتفی عن الصغیر مطلقاً عند الأصحاب. (3)

واستدلّ له بما یلی:

أوّلاً: الاستصحاب.

ثانیاً: إن مقتضی ما دلَّ علی ولایتهما علی أموال الصغیر إلی إیناس الرشد. (4)

1- (1) . الروضه البهیه: 118/5.

2- (2) . ریاض المسائل: 98/11.

3- (3) . الحدائق الناظره: 237/23، أوائل کتاب النکاح، فی ولایه الحاکم.

4- (4) . انظر: المؤید، کتاب النکاح: 431/1.

الثانی: السفیه الذی لم یتّصل سفهه بصغره

اشاره

فإنّه قد یقال: إنّ الولایه علیه للحاکم الشرعی، فإنّ ولایه الأب والجدّ قد انقطعت والأصل عدم ولایتهما علیه بعد ذلک، وثبوت الولایه فی التزویج لا یستلزم ثبوتها فی التصرّفات المالیّه، فعلیه تکون الولایه للحاکم باعتباره ولی من لا ولی له.

الرَّاجِح

والذی یظهر لی أنّ المستفاد من قوله تعالی: (فَإِنْ کانَ الَّذِی عَلَیْهِ الْحَقُّ سَفِیهاً أَوْ ضَعِیفاً أَوْ لا یَسْتَطِیعُ أَنْ یُمِلَّ هُوَ فَلْیُمْلِلْ وَلِیُّهُ بِالْعَدْلِ) . (۱)

هو ثبوت الولایه علی السفیه مطلقاً للأب؛ لأنّ المنساق من کلمه ولیّه هو الولیّ المختص به، وهو الأب والجدّ لأنّهما الولیّ المختص بإداره شؤونه. وبما أنّه لا فصل فی الشؤون المالیّه فی الولایه لذا فما دام أن الولایه فی الدین ثابته للأب والجدّ لذا فهی ثابته کذلک فی سائر التصرّفات المالیه.

۱- (۱) . البقره: ۲۸۲.

المبحث الخامس: ثبوت الولایه فی النکاح للوکیل

اشاره

الوکاله: هی الاستنابه فی التصرف، فهی تسبیب للعمل علی ید الوکیل. (۱)

والذی یهمّنا فی هذا المبحث منها: هو وکیل الولیّ، وهو من استنابه الولی فی تزویج مولیته فی حیاته.فیقوم مقام الولیّ فیما وکلّ فیه فی وجود الولیّ وغیابه، ویثبت له ما یثبت للولیّ.

والتوکیل فی النکاح من الواضحات التی لا یحتاج إلی مزید من الکلام.

الأدلّه علی ثبوت الوکاله فی النکاح

۱. معتبره محمّد بن مسلم عن أبی جعفر علیه السلام قال:

جاءت امرأه إلی النبی صلی الله علیه و آله فقالت: زوجنی، فقال: «من لهذه؟»، فقال رجل: أنا یارسول الله، قال: «ما تعطیها؟». قال: ما لی شیء إلی أن قال: «أتحسن شیئاً من القرآن؟»، قال: نعم. قال: «زوّجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلمها إیّاه». (۲)

فإنّ ظاهرها قد وکلّت رسول الله صلی الله علیه و آله فی إنکاحها فکان صلی الله علیه و آله وکیلاً عنها فی إیجاب العقد.

۱- (۱) . انظر: أبو القاسم، الخوئی، الاجتهاد والتقلید: ۲۶۹.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: باب ۲ من أبواب المهور، ح ۱.

۲. معتبره داود بن سرحان عن أبی عبدالله علیه السلام فی رجل یرید أن یزوّج أخته، قال:

«یؤامرها فإن سکتت، فهو إقرارها وإن أبت لم یزوجها فإن قالت: زوجنی فلاناً زوجها ممّن ترضی». (۱)

وهی دالّه علی صحّه التوکیل، کما هو واضح فإنّ قولها زوجنی فلاناً توکیل له فی التزویج.

کما أنَّ للمرأه أن توکل کما دلّت الروایات المتقدّمه، فکذلک للرجل أن یوکل أیضاً کما دلّت علی ذلک:

لما روی أن النبی صلی الله علیه و آله وکل عمرو بن أمیه الضمری فی قبول نکاح أم حبیبه وکانت بالحبشه. (۲)

ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله أنّه وکل أبا رافع فی تزویج میمونه بنت الحارث الهلالیه خاله عبد الله بن العبّاس. (۳)

وهذا الحدیث رواه مالک فی الموطأ عن ربیعه بن أبی عبد الرحمن، عن سلیمان بن یسار:

أن رسول الله صلی الله علیه و آله بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار، فزوّجاه میمونه بنت الحارث، ورسول الله بالمدینه قبل أن یخرج. (۴)

۳. روایه أبی ولّاد الحناط قال:

سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل أمر رجلًا أن یزوّجه امرأه بالمدینه وسمّاها له، والذی أمره بالعراق فخرج المأمور فزوّجه إیّاه، ثمّ قدم إلی العراق فوجد الذی أمره قد مات، قال:

«ینظر فی ذلک، فإن کان المأمور زوجها إیّاه قبل أن یموت الآمر، ثمّ مات

۱- (۱) . المصدر السابق: ۲۰۱/۱۴.

۲- (۲) . انظر: مستدرک الوسائل: ۲۱۰/۲.

۳- (۳) . المصدر السابق.

۴- (۴) . شرح الزرقانی علی الموطأ: ۲۷۲/۲.

الآمر بعده فإن المهر فی جمیع ذلک المیراث بمنزله الدین». (۱)

فإنّها تدلّ علی صحّه التوکیل بالدلاله الالتزامیه، کما هو واضح.

غیرأنَّ الولایه التی قد تکلمنا عنها سابقاً تختلف عن هذه الولایه للوکیل، حیث تکون الأولی ثابته علی المولَّی علیه، ولم تکن ثابته له بینما الثانیه إنّما تکون ثابته للوکیل فی طول ثبوتها للموکل، وهناک فرق آخر وهو أنّ الولایه الأولی تکون ثابته حتّی وإن کره المُولَّی علیه الزواج بینما الولایه الثانیه لا تصحّ إذا کان المولی علیه کارها لها، ولهذا تری أنّ هذه الولایه مجازیّه ولیست حقیقیّه.

واستدلّ لها بهذا الخصوص بما یلی:

۱. الأدلّه العامّه فی صحّه الوکاله ونفوذها ما لم یعزل الوکیل ویبلغه العزل، ففی صحیح معاویه بن وهب وجابر بن یزید جمیعاً عن الإمام الصادق علیه السلام إنّه قال:

«من وکل رجلاً علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبداً حتّی یعلمه بالخروج منها کما أعلمه بالدخول فیها». (۲)

وعن ابن أبی عمیر، عن هشام بن سالم عن أبی عبد الله علیه السلام :

«والوکاله ثابته حتّی یبلغه العزل عن الوکاله بثقه یبلغه أو یشافهه بالعزل من الوکاله». (۳)

وغیرها من الروایات.

۲. الأدلّه الخاصّه فیما إذا أولت أمرها رجلًا یزوجها من رجل معین، ففی صحیح الحلبی عن الإمام الصادق علیه السلام أنّه قال: «فی المرأه الثیّب تخطب إلی نفسها؟ قال علیه السلام :

«هی أملک بنفسها تولی أمرها من شاءت إذا کان کفواً بعد أن تکون قد نکحت رجلًا قبله». (۴)

ولا فرق بین الثیب وبین من أن یکون الأمر لها فی الزواج.

۱- (۱) . وسائل الشیعه: باب ۲۸ من أبواب عقد النکاح، ح: ۱.

۲- (۲) . المصدر السابق: ۱۳، باب ۱ من ابواب الوکاله، ح: ۱.

۳- (۳) . المصدر السابق: باب ۲ قطعه من ح: ۱ من کتاب الوکاله.

۴- (۴) . المصدر السابق: ۱۴، باب ۲ من عقد النکاح، ح۴.

أولياء العقد عند المذاهب الأخرى

وهويشتمل على مطلبين:

المطلب الأوّل: الأسباب الموجبه للولايه على النفس.

المطلب الثاني: في ثبوت الولايه على المرأه في نكاحها.

المطلب الأوّل: الأسباب الموجبه للولايه في النكاح

اشاره

إنَّ الأسباب: جمع سبب، والسبب في اللغه الحبل وكلّ ما يتوصّل به إلى غيره. (۱)

والمقصود به هنـا في هـذا المبحث: العلاقه بين الوليّ والموليّ عليه من عصـبه نسب، أو ما يقوم مقامها، ممّا يتوصل به إلى ثبوت ولايه الوليّ على غيره وأحقيته بها.

وللولايه في النكاح عده أسباب: منها ماهو متفق عليه عندهم، ومنها ما هو محلّ خلاف، وهي كما يلي:

أوّلًا: القرابه النسبيه

اشاره

قالوا: إنّ قرابه النسب هي أقوى أسـباب الولايه في النكاح عندهم على الأنثى صـغيره كانت أم كبيره اتّفاقاً من حيث الجمله، كما سيأتي.

أمّا نوع القرابه التي تثبت بها ولايه النكاح، فقد اتفقوا على ثبوت ولايه النكاح للعصبات من أقرباء النسب إلّا الابن كما سيأتي.

واتّفقوا أيضاً على تقديمهم على غيرهم من ذوي الأرحام، بل حكى الإجماع على عدم ولايه ذوي الأرحام مع وجود العصبات.

واختلفوا في ثبوت ولـايه النكـاح لـذوي الأرحام، كأب الأمّ، والأخ للأمّ، والعمّ للأمّ، والخال، ونحوهم من الأقارب من جهه الأمّ على قولين:

۱- (۱) . انظر ماده، (سبب) في الصحاح: ۱۴۵/۱؛تاج العروس: ۲۹۳/۱؛ مقاييس اللغه: ۶۴/۳.

القول الأوّل: أنّه لا ولايه لذوی الأرحام، بل الولايه خاصّه بالعصبات دونهم.

وبهذا قال الجمهور، ومنهم أصحاب المذاهب الأربعه، عدا روايه عن أبی حنيفه. (۱)

القول الثانی: إنّ كلّ من يرث بفرض أو تعصيب تثبت له الولايه فی النكاح، وهی إحدى الروايتين عن أبی حنيفه. (۲)

سبب الخلاف

ويرجع سبب هـذا الخلاف إلى اختلافهم فی أصل ثبوت سـبب الولايه هنا، أهو مطلق القرابه؟ أم هو نوع خاصّ من القرابه، وهم العصبات؟

فعند الجمهور أنّ شرط ثبوت الولايه للقريب فی النكاح إنَّما هو العصوبه خاصّه.

وأمّـا على الروايه الثـانيه عن أبی حنيفه، فهو أن شـرط ثبوت الولايه هو مطلق القرابه؛ أمّا العصوبه، فهی شـرط للتقـديم لا غير فلا ولايه لـذوی الأرحام مع العصـبات؛ أمّا عنـد عدم وجود العصبه نسـباً أو ولاء، فتثبت الولايه لذوی الأرحام، لوجود أصل سـببها، وهو مطلق القرابه. (۳)

دليل الجمهور

استدلّ الجمهور لقصر الولايه فی النكاح على العصبات دون ذوی الأرحام بما يلی:

أوّلًا: أنَّ الأصل فی الأولياء هم العصبات، فهم أهل الرأی والصيانه عما يلحق القبيله من العار والشين، ولذلک كانوا مقدمين على ذوی الأرحام بالإجماع؛ (۴) وأمَّا ذوو

۱- (۱) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۲۲۳/۴؛ الأم: ۱۴/۵؛ المغنی: ۳۵۰/۷.

۲- (۲) . السرخسی، المبسوط: ۲۲۳/۴؛ بدائع الصنائع: ۱۳۵۰/۳ و ۱۳۵۱.

۳- (۳) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۲۲۳/۴؛ بدائع الصنائع: ۱۳۵۱/۳، ۱۳۷۰.

۴- (۴) . انظر: بدائع الصنائع: ۱۳۵۱/۳.

الأرحام فهم ينسبون إلى قبيله أخرى فلا يلحقهم عار نسب غير نسبهم. (۱)

ثانيـاً: أنَّ مولى العتـاقه مقـدم عليهم، فلو كان لقرابتهم تأثير فى اسـتحقاق الولايه بها لكانوا مقـدّمين على مولى العتاقه، إذ لا قرابه لمولى العتاقه. (۲)

دليل أبى حنيفه فى إثبات ولايه النكاح لذوى الأرحام

لقد استدل لأبى حنيفه على إثبات الولايه لذوى الأرحام بعد العصبات بما يلى:

أوّلاً: قوله تعـالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيـامى مِنْكُمْ وَ الصّـالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْـلِهِ وَ اللّهُ واسِـعٌ عَلِيمٌ) . (۳)

من غير فصل بين العصبات وغيرهم، فثبت ولايه النكاح على العموم إلّا من خصَّ بدليل. (۴)

ثانياً: ما روى عن ابن مسعود أنّه أجاز تزويـج امرأته ابنتها، وابنتها هـذه لم تكن من ابن مسـعود على الأصح، وإنّما جوّز نكاحها بولايه الأمومه. (۵)

ثالثاً: أنّ للشفقه اعتبارها فى ولايه النكاح، وهى كما توجد فى قرابه الأب كذلك فى قرابه الأم، لوجود سببها وهو القرابه. (۶)

رابعاً: أنَّ ولايه النكاح مرتبه على استحقاق الميراث، لاتحاد سببهما، وهو القرابه، فكل من استحق الميراث، استحق الولايه، بدليل أنّه لا ولايه لعبد ولا لكافر على مسلمه، وإنّما يقدّم العصبات على ذوى الأرحام؛ لأنّ للميراث أسباباً هى الفريضه،

۱- (۱) . انظر: السرخسى، المبسوط: ۲۲۳/۴.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . النور: ۳۲.

۴- (۴) . انظر: بدائع الصنائع: ۱۳۵۱/۳.

۵- (۵) . انظر: السرخسى، المبسوط: ۲۲۳/۴.

۶- (۶) . المصدر السابق.

والعصوبه، والقرابه، والعصوبه أقوى أسباب الارث، لاستحقاق جميع المال بها عند الانفراد فترتب أسباب الولايه على أقوى أسباب الارث. (۱)

الترتيب بين العصبات فی ولایه النكاح

وأمّا الترتيب بينهم فی ولايه النكاح، لتقديم أحقّهم بها، فهذا يختلف بين كلّ مذهب وآخر، وإليك بيان مذاهب الفقهاء من المذاهب الإسلاميّه فی ترتیب الأولياء من العصبات.

أ) مذهب الحنفيه

إنَّ الترتيب بين العصبات فی ولايه النكاح عند الحنفيه كالترتيب فی الارث، والأبعد محجوب بالأقرب على النحو التالی: فأوّلهم الابن، فابنه وإن سفل، ثمّ الأب، فأبوه وإن علا، ثمّ الأخ الشقيق، ثمّ الأخ لأب، ثمّ ابن الأخ الشقيق، ثمّ ابن الأخ لأب، ثمّ العم الشقيق ثمّ العم لأب، ثمّ ابن العم لأب، ثمّ ابن العم الشقيق، ثمّ ابن العمّ لأب، ثمّ أعمام الأب كذلك.

فكلّ هولاء تثبت لهم ولايه الإجبار على الأنثى والذكر فی حال صغرهما، وكذلك فی حال كبرهما إذا جنّا، إلّا الابن فلا يتصوّر فی حقّه إلّا ولايته على أمه المعتوهه أو المجنونه، وكذلك تثبت لهم ولايه الاستحباب على المرأه الكبيره. (۲)

ب) مذهب المالكيه

وأمّا الترتيب عند المالكيّه، فيقدّم الأبناء فأبناؤهم وإن سفلوا، ثمّ الأب، ثمّ الإخوه الأشقاء، ثمّ الإخوه لأب، ثمّ بنو الإخوه للأب والأمّ، ثمّ بنو الإخوه لأب، ثمّ الأجداد للأب وإن علوا، ثمّ العمومه وإن سفلوا. (۳)

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . انظر فی هذا الترتيب: السرخسی، المبسوط: ۲۱۹/۴؛ فتح القدير: ۲۷۷/۳.

۳- (۳) . انظر: بدايه المجتهد: ۱۰/۲؛ القرطبی، الجامع لأحكام القرآن: ۷۷/۳.

إلا أن بعضـهم نصَّ على أن كل جدّ يقدم على ابنه من العمومه، وعلى هذا، فالذى يتقدّم العمومه مطلقاً إنّما هو الجدّ الأدنى، ثمّ بعد ذلك كلّ أب منهم يتقدّم ابنه.

وقال المغيره: الجـدّ وأبوه أولى من الأخ وابنه، وتقـدّم الأبناء على الأب مقيَّد بما إذا لم تكن للمرأه فى حجر أبيها أو وصـيه، وإلّا فالمقدّم الأب أو وصيه، وكذلك وصى الوصى. (١)

ج) مذهب الشافعيه

وأمّـا مـذهب الشافعيّه، فترتيب الأولياء عنـدهم كترتيبهم فى أحقيتهم بالميراث، إلّا فى بعض المسائل، فأحقّ الناس بإنكاح المرأه عنـدهم: أبوهـا، ثمّ أبوه وإن علاـ ثمّ أخ لأـبوين، ثمّ لأـب، ثمّ بنو الإـخوه وإن نزلوا، ثمّ الأعمام، ثمّ بنوهم وإن سـفلوا، ثمّ سائر العصبه على ترتيب الارث بالتعصيب. (٢)

والمسائل التى يختلف فيها هذا الترتيب عن ترتيب الميراث - عندهم - هى:

الأولى:

الابن يقدّم فى الميراث اتّفاقاً، وهنا لا ولايه للابن بمحض البنوّه، وإنما قد يلى بسبب آخر كمشاركتها فى النسب، كأن يكون ابن عم، أو مولى، أو حاكماً، أو تولـدت قرابه من المجوس، أو وط ء شـبهه كأن يكون ابن أخيها أو ابن عمها، فيلى نكاحها بـذلك السبب لا بسبب محض البنوه. (٣)

الثانيه:

الجدّ يشارك الأخ فى الميراث، وهنا يقدّم عليه اتّفاقاً عندهم.

١- (١) . مواهب الجليل: ٤٢٩/٣.
٢- (٢) . انظر: الأم: ١٣/٥ و ١٤؛ مغنى المحتاج: ١٥١/٣.
٣- (٣) . مغنى المحتاج: ١٥١/٣.

الثالثه:

الأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب فى الميراث اتّفاقاً. عندهم، وهنا فيه قولان:

أظهرهما يقدّم الأخ الشقيق على الأخ لأب، كالميراث.

والقول الآخر:

يستويان فى أحقيه الولايهٍ، ويجرى هذان القولان فى أبناء الأخوه والأعمام وبنيهم إذا كان أحدهم شقيقا والآخر لأب. (۱)

د) مذهب الحنابله

وأمّا ترتيبهم عنـد الحنابله: فأحق الناس بإنكاح المرأه هو أبوها فأبوه وإن علا، ثمّ ابنها فابنه وإن نزل، ثمّ أخوها لأبوين، ثمّ لأب، ثمّ بنوهما كذلک، ثمّ عمّها لأبوين، ثمّ لأب، ثمّ بنوهما كذلک، ثمّ سائر الأولياء على ترتيب الارث بالتعصيب. (۲)

مراتب العصبات وأدلّتها

۱. مرتبه الأب

إنّ للأب فى ولايته على ابنته ما ليس لغيره من الأولياء، بل إنّ الولايه له ولفروعه وأصوله دون غيرهم عنـد الشافعيه ومن وافقهم، وليس هناک سبب آخر يشاركه إلّا البنوه عند الجمهور.

وعلى هذا، فإذا اجتمع أب المرأه وابنها فأيهما أحق بإنكاحها؟ فى هذا ثلاثه أقوال عندهم:

الأوّل: أنَّ الأب أحق بإنكاحها من الابن.

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . انظر: المغنى: ۳۴۹/۷ - ۳۴۶؛ الإنصاف: ۶۹/۸ و ۷۰.

وهذا مذهب الشافعيه، والحنابله، ومحمد بن الحسن من الحنفيه، وكذلك المالكيه إذا كانت في حجر أبيها.

الثاني: أنَّ الأب في المرتبه الثانيه بعد الابن وأبنائه وإن نزلوا.

وهذا مذهب الحنفيه عدا محمّد بن الحسن، ومذهب المالكيّه إن لم تكن في حجر أبيها.

الثالث: استواء الأب والابن في درجه واحده.وهو قول بعض الحنابله كما تقدّم. (١)

الأدلّه

أ) استدلّ من قدّم الأب على الابن بما يلي:

١. أن الولـد موهوب لأبيه، كما في قوله تعالى: (فَاسْتَجَبْنا لَهُ وَ وَهَبْنا لَهُ يَحْيى) ٢ ، وقول زكريا عليه السلام : (هُنالِكَ دَعا زَكَرِيّا رَبَّهُ قالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّهً طَيِّبَهً) ٣ ، وقول إبراهيم عليه السلام : (الْحَمْدُ لِلّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْماعِيلَ وَ إِسْحاقَ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعاءِ) ۴ وقوله صلى الله عليه و آله : «أنت ومالك لأبيك».

وولايه الموهوب له على الهبه أولى من العكس. (٢)

٢. أنَّ الأب أكمل نظراً، وأشدّ شفقه على ابنته، ممّا يحمله على طلب الحظ لها أكثر من غيره. (٣)

٣. أنَّ الأب يلي ولده في صغره، وفي سفهه وجنونه، فيليه في سائر ما يثبت عليه

١- (١) . راجع مذهب الحنابله السابق.

٢- (۵) . انظر: المغني: ٣۴۶/٧.

٣- (۶) . المصدر السابق.

من الولایه، ولذلک أختص بولایه المال، وجاز له أن یشتری لها من ماله، وله من مالها، إذا کانت صغیره، بخلاف غیره. (۱)

۴. أنّ فی الولایه نوعاً من الاحتکام، واحتکام الأصل علی فرعه أولی من العکس، بخلاف المیراث، فإنّه لا یعتبر له نظر، ولهذا یرث الصغیر المجنون، ولیس فیه احتکام ولا ولایه علی الموروث، بخلاف ولایه النکاح. (۲)

۵. أنّ کلّ الأولیاء یدلّون به عدا الأبناء. (۳)

۶. أنّ الأب من قومها، والابن لیس کذلک، فهو ینسب إلی أبیه، فاستحقّ الأب الولایه، لقوّه قرابته. (۴)

ب) وأمّا من قدّم الابن علی الأب فی ولایه النکاح

فاستدلّ بأنّ الابن مقدّم علی الأب فی المیراث، فهو أقوی منه تعصیباً؛ ولذلک لا یستحقّ الأب معه إلّا السدس من المیراث بالفریضه، ومبنی الولایه علی العصوبه، فلمّا کان أقوی تعصیباً فی المیراث، کان أحقّ بالتقدیم من الأب فی ولایه النکاح. (۵)

ج) وأمّا من سوی بین الابن والأب فی درجه واحده

فقد رأی أنّ کلًا منهما قد وجد فیه سبب التقدیم؛ أمّا الأب، فلأنّه من قومها وأشفق علیها؛ وأمّا الابن، فلأنه أقوی تعصیباً فی المیراث، وکلّ واحد من هذین السببین داع للتقدیم، فاستویا فی القوّه، فاستحقا الولایه معاً، وقال أبو یوسف:

۱- (۱) . انظر: المصدر السابق.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . مغنی المحتاج: ۱۵۱/۳.

۴- (۴) . بدائع الصنائع: ۱۳۷۱/۳.

۵- (۵) . انظر: المغنی: ۳۴۶/۷.

إنّ الأولى أن يفوّض الابن – حينئذٍ – الأب فى الإنكاح، إجلالاً واحتراماً واحترازاً عن موضع الخلاف. (١)

۲. مرتبه الجدّ فى ولايه النكاح

وأما مرتبه الجدّ: أب الأب، فى أحقيته بولايه النكاح، ففيها الأقوال التاليه:

۱. أنّه أحقّ بالولايه بعد أبيها وإن علت درجته، فيقدّم الأقرب فالأقرب منهم، سواء على قول من يقدّم جهه الأبوه مطلقاً كالشافعيّه والحنابله، أم على قول من يقدّم جهه البنوه على الأبوه، كمذهب المالكيّه ومذهب أبى حنيفه وأبى يوسف.

۲. استواء الأخ والجدّ فى مرتبه واحده، وهذه روايه عن أحمد وقول أبى يوسف ومحمّد كما تقدّم.

۳. تقديم الإخوه وبنيهم على الجدّ الأدنى – وهو أب الأب – وهذا مذهب المالكيّه، كما تقدم.

۴. تقديم كلّ جدّ على ابنه من العمومه فقط، فيقدّم الجدّ الأدنى على العم الأدنى، كما يقدم العم الأدنى على أب الجدّ، وهكذا كلّ أب يتقدّم ابنه، وهذا مذهب المالكيّه، وإن كان بعضهم يطلق القول بتقديم الأجداد على الأعمام، كأبن رشد وابن جزى. (٢)

الأدلّه

أ) استدلَّ من قدّم الجدّ على الابن وأبنائه بنفس الأدلّه على تقديم الأب على الابن، فينزّل الجدّ وإن علا منزله أبيه – عند عدمه – كما ينزل الابن وإن نزل منزله أبيه، فالجدّ أب وإن علا، كما أن ابن الابن ابن وإن نزل. (٣)

۱– (۱) . انظر: بدائع الصنائع:۳ /۱۳۷۱.

۲– (۲) . راجع الترتيب السابق فى مذهب المالكيه.

۳– (۳) . انظر: المغنى: ۳۶۷/۷ – ۳۶۴.

كما استدلَّ أيضاً من قدم الابن على الجدّ بنفس الأدلّه على تقديم الابن على الأب وأولى.

وأمّا من قدّم الجدّ على الإخوه أيضاً، فلأنّ الجدّ أقوى تعصيباً من الإخوه فى الميراث، فالجدّ لا يسقط إلّا بالأب؛ أمّا الأخ فيسقط بالأب وبالابن، وكذلك إذا ضاق المال، وفى المسأله جدّ وأخ سقط الأخ دون الجدّ، فوجب تقديمه على الأخ فى الولايه. (۱)

وأيضاً، فإنَّ للجدّ ولايه على النفس والمال جميعاً، بخلاف الأخ فلا ولايه له فى المال. (۲)

ب) وأمّا من سوّى بين الأخ والجدّ فى أحقّيّه الولايه، فهذا فرع عن التسويه بينهما عنده فى الإرث، ولكن لا يخفى أنّ هناك فرقاً بين استحقاق الولايه وبين استحقاق الميراث، فالميراث لا يعتبر له كمال النظر، ولهذا يرث الصبى والمجنون، والولايه نوع من الاحتكام بخلاف الميراث. (۳)

ج) وأمّا من قدّم أبناء الإخوه على الجدّ أيضاً فهذا تابع لتقديم الإخوه عليه.

د) وأما من قدم بعض العمومه على بعض الجدود، فقال بتقديم كلّ جدّ على ابنه فقط، فهذا نظر لقرب الدرجه فيما يظهر.

۳. مرتبه الابن فى ولايه النكاح

أمّا ترتيب الابن فى سلم العصبات عند من قال بولايته فى النكاح، وفيها الأقوال الثلاثه التى سبقت فى مرتبه الأب، وهى:

۱- (۱) . انظر: المصدر السابق: ۲۴۷/۷؛ السرخسى، المبسوط: ۲۱۹/۴.

۲- (۲) . انظر: السرخسى، المبسوط: ۲۱۹/۴.

۳- (۳) . انظر: المغنى: ۳۴۷/۷.

١. تقديم الأبوه مطلقاً على البنوه مطلقاً، وعلى هذا فيكون الأب وأبوه وإن علا مقدّماً على الابن، وابنه وإن نزل.

٢. تقديم البنوّه مطلقاً على الأبوه مطلقاً - أى: عكس الأولى.

٣. استواء الابن والأب فى درجه واحده.

وقد تقدَّم بيان من قال بها ووجهه نظر كلّ فى ذلك (١)، فلا حاجه إلى إعادتها مرّه أخرى.

٤. مرتبه ولايه الإخوه

المقصود بالإخوه فى هذا المبحث هم: الإخوه الأشقاء، أو لأب، وأمّا الأخ لأمّ، فليس هو من العصبات - التى هى محل بحثنا هذا، وإنما قد يلى عند عدم العصبات بقرابه ذوى الأرحام، كما فى الروايه المشهوره عن أبى حنيفه، وكذلك قد يلى بالولايه العامّه التى تستحق بمجرّد الإسلام، كما هو المشهور عند المالكيّه.

وترتيب الإخوه الأشقاء أو لأب فى سلّم العصبات فيه الخلاف المشهور فى الجدّ والأخوه، وقد سبق أهمّ ما قيل فيه فى مبحث مرتبه الجدّ فى الولايه وحاصله ثلاثه أقوال:

القول الأوّل:

إنّ ترتيب الإخوه وبنيهم فى ولايه النكاح يأتى بعد الأصول والفروع، فلا ولايه لأخ وابنه وإن نزل مع أب وأبيه وإن علا، ولا مع ابن وابنه وإن نزل عند من يقول بولايه الأبناء، وهم الجمهور.

وهذا القول هو مذهب الحنفيه، والحنابله، وكذلك الشافعيه القائلين بعدم ولايه الابن أصلاً. (٢)

١- (١) . راجع: مرتبه ولايه الأب.

٢- (٢) . راجع الأقوال السابقه فى ترتيب العصبات إجمالاً.

وحجّه هذا القول: أنّ الإخوه أقرب العصبات بعد الأصول والفروع، وأقواهم تعصيباً، وأحقّهم بالميراث. (۱)

القول الثانی:

إنّ الإخوه وبنيهم مقدمون على الجدّ.وهذا هو المشهور من مذهب المالكيه.

وقد ذكر ابن قدامه روايه لأحمد بن حنبل توافق مذهب المالكيه هذا فی تقديم الأخ على الجدّ، وقال فی توجيهها: لأنَّ الجدّ يدلی بابوّه الأب، والأخ يدلی ببنوّه، والبنوّه مقدّمه. (۲)

القول الثالث:

هو استواء الأخ والجدّ فی درجه واحده، وهی روايه عن أحمد، وقول أبی يوسف، ومحمّد، وهذا بناء على استواهما فی الميراث بالتعصيب، فيستويان فی الولايه كالأخوين، كما تقدّم. (۳)

ثانياً: فی ثبوت ولايه السلطان فی النكاح

إنَّ ثبوت الولايه فی النكاح بسبب السلطنه من الأسباب المتّفق عليها عندهم لكل من لا ولیّ لها، قالوا: على أنَّ للسلطان ولايه عامّه على الأنفس والأموال.

وقد استدلّوا لثبوت ولايه السلطان فی النكاح بما يلی:

أوّلاً: حديث «السلطان ولیّ من لا ولیَّ لها». (۴)

وهذا الحديث هو الأصل فی إثبات ولايه السلطان وعليه العمل عندهم. (۵)

۱- (۱) . انظر: المغنی: ۳۴۸/۷؛ السرخسی، المبسوط: ۲۱۹/۴.
۲- (۲) . المغنی: ۳۴۷/۷.
۳- (۳) . راجع: مبحث مرتبه الجدّ فی الولايه.
۴- (۴) . سنن ابن ماجه: ۶۰۵/۱، ح: ۱۸۷۹.
۵- (۵) . انظر: تهذيب السنن: ۳۲/۳.

ثانیاً: قوله صلی الله علیه و آله لمن خطب منه المرأه التی وهبت نفسها للنبی: «زوّجناکها بما معک من القرآن» (۱)، متّفق علیه.

وممّن استدلّ بهذا الحدیث علی ثبوت ولایه السلطان فی النکاح البخاری فی صحیحه، حیث کانت إحدی تراجمه علیه، باب (۲) السلطان ولی، لقوله صلی الله علیه و آله : «زوّجناکها بما معک من القرآن».

متی یکون السلطان ولیّاً فی النکاح؟

ویکون السلطان ولیا فی النکاح عندهم فی الحالات التالیه:

الأولی: إذا لم یکن للمرأه ولیّ غیره، وهذا متّفق علیه.

الثانیه: إذا عضل الأولیاء، فإن امتنعوا جمیعاً من تزویجها، فیزوجها السلطان أو نائبه اتفاقاً أیضاً.

الثالثه: إذا غاب الولیّ الأقرب أن فیه قولین:

أحدهما: أنّه السلطان، وهو مذهب الشافعیه وظاهر مذهب المالکیه المعتمد فی مختصر خلیل وشروحه.

ثانیهما: أنّه الولیّ الحاضر الذی یلی الغائب فی الترتیب. وهو مذهب الحنفیه والحنابله.

الرابعه: إذا کان الخاطب هو الولی، وذلک کأبن العم، فیزوّجه السلطان إن لم یکن لها ولیّ فی درجته، وهذا مذهب الشافعیه.

وهذا مبنی علی مسأله مشهوره، وهی: هل یتولی شخص واحد طرفی العقد بنفسه؟

ص:۱۹۰

۱- (۱) . سنن الترمذی: ۲۵۴/۴.

۲- (۲) . صحیح البخاری: ۶۲/۳.

فعند الشافعيّه المنع إلّا الجدّ، فيصحّ أن يزوّج بنت ابنه بابن ابنه الآخر فى الأصحِّ عندهم. (۱)

وأمّا الجمهور (۲) فعلى الجواز، فيتولى ابن العمّ – مثلاً – طرفى الإيجاب والقبول بنفسه لنفسه.

المطلب الثانى: فى ثبوت الولايه على المرأه فى نكاحها

اشاره

وقبل الشروع فى بيان مذاهب الفقهاء من الجمهور فى حكم الولايه فى النكاح على المرأه، أنّه لا خلاف عندهم فى مشروعيّه الولايه عليها فى النكاح، ليكون تزويجها بيد وليّها.

فقد ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الإسلاميّه أنّ المرأه لا تزوّج نفسها بنفسها ولا بدّ أن يتولّى ذلك وليّها.

قال الشوكانى:

ذهب إلى اعتبار الولى جمهور السلف والخلف حتّى قال ابن المنذر: أنّه لا يعرف عن أحد من الصحابه خلاف ذلك. (۳)

وعلى هذا فتكون الولايه حقّاً من حقوق الوليّ عندهم.

وإليك بيان مذاهب الفقهاء فى ذلك إجمالاً سيتبعه التفصيل والبيان بحول الله وقوته.

أ) المذاهب إجمالاً

إنّ مذاهب القوم فى هذه المسأله يمكن حصرها فى سبعه مذاهب، وهى:

المذهب الأوّل: اشتراط الولايه عليها فى النكاح.

۱- (۱) . انظر للشافعيه: روضه الطالبيين: ۵۸/۷؛ مغنى المحتاج: ۱۶۳/۳.
۲- (۲) . انظر للحنفيه: فتح القدير: ۳۰۷/۳ – ۳۰۵ وللمالكيه: الخرشى على مختصر خليل: ۱۹۰/۳. وللحنابله: كشف القناع: ۶۲/۵.
۳- (۳) . نيل الأوطار: ۲۵۱/۶.

المذهب الثانی: أنَّ الولایه فی النکاح لیست بشرط وإنّما هی مستحبه.

المـذهب الثالث: التفصـیل، باعتبار کفاءه الزوج أو عـدم کفاءته، فإن کان کفؤاً لها صـحّ نکاحها بـدون ولیّ، ولا اعتراض لولیّها علیها، وإن لم یکن کفؤاً لها فلا یصح إنکاحها نفسها منه أصلاً.

المذهب الرابع: إنعقاد نکاحها بدون ولیّ موقوفاً علی إجازه الولیّ، سواء کان الزوج کفؤاً لها أم غیر کفء.

المـذهب الخامس: التفریق بین من أذن لها ولیها فی نکاحها، وبین من لم یأذن لها، فإن أذن لها قبل العقـد صحّ إنکاحها نفسـها، وإن لم یأذن لها لم یصحّ.

المـذهب السـادس: التفریق بین البکر والثیب، فإن کانت بکراً فلا نکاح لها إلّا بولیّ، وإن کانت ثیباً جاز لها أن تولّی أمرها رجلاً من المسلمین، ولا تعقده بنفسها.

المذهب السابع: التفریق بین المرأه الشریفه والدنیئه، فإن کانت شریفه فلا یصح نکاحها بدون ولیّ، وإن کانت دنیئه، ولیس لها ولی جاز لها أن تجعل أمر نکاحها إلی رجل من المسلمین فیزوّجها بالولایه العامّه ولا تباشر النکاح بنفسها.

ومن هذا العرض الموجز لمذاهب القوم فی هذه المسأله، یتّضح أنّ مردّها إلی ثلاث مذاهب:

المذهب الأوّل: اشتراط الولایه فی النکاح مطلقاً.

المذهب الثانی: عدم اشتراطه مطلقاً.

المـذهب الثـالث: التفصـیل: إمّا باعتبار أحوال المرأه من بکاره أو ثیبوبه، ومن شـرف أو دناءه، أو باعتبار إذن الولیّ للمرأه سواء کان الإذن لها سابقاً للعقد أو لاحقاً له، أو باعتبار أحوال الزوج من کفاءه أو عدمها.

وإلیک بیان هذه المذاهب وأدلّتها بالتفصیل ما أمکن.

ب) تفصيل المذاهب وأدلتها

المذهب الأوّل: أن الولايه شرط فى نكاحها

وعلى هذا فإنّ مباشره عقد نكاحها حقّ من حقوق ولي ِها، فلا تلى نكاح نفسها ولا نكاح غيرها، ولا عباره لها فى النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبى عنها بدون إذن وليها.

وهذا هو المعتمد عند المالكيه والشافعيه والحنابله.

وقد عزا ابن قدامه هذا القول إلى على بن أبى طالب عليه السلام ، وعمر بن الخطّاب، وابن مسعود، وابن عبّاس، وأبى هريره، وبه قال سعيد بن المسيّب، والحسن البصرى، والثورى، وابن أبى ليلى، وبن شبرمه، وابن المبارک، والشافعى، وعبيد الله بن الحسن - العنبرى - وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد. (١) وقال أيضاً: إنّه لا يعرف عن أحد من الصحابه خلاف ذلک. (٢)

أدلّه اشتراط الولايه فى النكاح

استدلَّ من اشترط الولايه فى نكاح المرأه بالكتاب والسنه.

أ) الأدلّه من القرآن الكريم

الدليل الأوّل

قوله تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (٣)

ص:١٩٣

١- (١) . المغنى: ٣٣٧/٣.

٢- (٢) . انظر: فتح البارى: ١٨٧/٩؛ بدايه المجتهد: ٧/٢؛ المغنى: ٣٣٧/٧.

٣- (٣) . البقره: ٢٣٢.

على أن الخطاب فى قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) لأولياء النساء خاصّه، قالوا: إذ لو كان أمر النساء إليهن لما خاطب الله به أوليائهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبن فى نكاح أزواجهن، فإنَّ من كان أمره بيده لا يقال: إنّ غيره منعه منه؛ إذ لا معنى لمنع غيره له.

قال الشافعى:

«هذه الآيه أبين آيه فى كتاب الله عزّ وجلّ دلاله على أن ليس للمرأه أن تنكح نفسها». (١)

قالوا: والدَّليل على أنّ الخطاب فى قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) لأولياء النساء خاصّه هو ما صحَّ فى سبب نزول هذه الآيه الكريمه، كما ذكر ذلك من المفسرين ابن جرير الطبرى، وغيره.

قال ابن جرير:

أن هذه الآيه نزلت فى رجل كانت له أخت كان زوجها ابن عمٍّ لها فطَّلقها وتركها، فلم يراجعها حتّى انقظت عدتها، ثمّ خطبها، فأبى أن يزوجها إيّاه، ومنعها منه وهى فيه راغبه، فنزلت فيه هذه الآيه. (٢)

وقد أورد على هذا الاستدلال بما يلى:

أوّلًا: منع أن يكون الخطاب فى قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) خطاباً للأولياء، بل هو خطاب للأزواج المطلِّقين.

ثانياً: أنّه على فرض التسليم بكون الخطاب للأولياء فليس فى نهى الأولياء عن العضل دليل على إثبات حقّ لهم فيما نهوا عنه.

فأمَّا القول بأنَّه خطاب للأزواج المطلِّقين فقد اختاره الفخر الرازى وأيَّده «بقوله:

ص:١٩٤

١- (١) . الأم: ١٦۶/۵.

٢- (٢) . جامع البيان: ٢٩٧/٢.

إنَّ قوله تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) جمله واحده مركّبه من شرط وجزاء، فالشرط قوله تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ) والجزاء قوله (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) ولا شكَّ أنَّ الشرط وهو قوله: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ) خطاب للأزواج، فوجب أن يكون الجزاء وهو قوله: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) خطاباً معهم أيضاً، إذ لو لم يكن كذلك لصار تقدير الآيه: إذا طلقتم النساء أيها الأزواج فلا تعضلوهن أيها الأولياء، وحينئذ لا يكون بين الشرط والجزاء مناسبه أصلًا، وذلك يوجب تفكّك نظم الكلام، وتنزيه كلام الله عن مثله واجب، فهذا كلام قوى متين فى تقرير هذا القول، ثمّ أنّه يتأكّد بوجهين آخرين:

الأوّل: أنَّ من أوّل آيه فى الطلاق إلى هذا الموضع كان الخطاب كلّه مع الأزواج، والبتَّه ما جرى للأولياء ذكر، فكان صرف هذا الخطاب إلى الأولياء على خلاف النظم.

الثانى: ما قبل هذه الآيه خطاب مع الأزواج فى كيفيَّه معاملتهم مع النساء قبل إنقضاء العدَّه، فإذا جعلنا هذه الآيه خطاباً لهم فى كيفيَّه معاملتهم مع النساء قبل انقضاء العدَّه كان الكلام منتضماً والترتيب مستقيماً؛ أمَّا إذا جعلناه للأولياء لم يحصل فيه هذا الترتيب الحسن اللطيف، فكان صرف الخطاب إلى الأزواج أولى. (۱)

الدليل الثانى

قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِيمٌ) . (۲)

على أنَّ الخطاب فى قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا) هو لأولياء النساء، ودلالته على

۱- (۱) . التفسير الكبير: ۶/۱۱۲.

۲- (۲) . النور: ۳۲.

اشتراط الولایه فی النکاح من عدّه وجوه:

أوّلاً: أنّ هذا الخطاب للرجال دون النساء. (۱)

ثانیاً: أنّ الله خاطبهم بصیغه الأمر الداله علی الوجوب، فدلّ علی أنّهم هم المکلفون بتزویجهم. (۲)

وأورد علی هذا الاستدلال:

إنّه خطاب لجمیع الأمَّه للتعاون علی تیسیر أسباب الزواج لطالبیه، ولیس المراد بالإنکاح فی الآیه إجراء عقد الزواج. (۳)

الدلیل الثالث

قوله تعالی: (وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ إِلاّ أَنْ یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوی وَ لا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَیْنَکُمْ إِنَّ اللّهَ بِما تَعْمَلُونَ بَصِیرٌ) . (۴)

قال الفخر الرازی:

للشافعیّ أن یتمسک بهذه الآیه فی بیان أنّه لا یجوز النکاح إلا بولیّ؛ وذلک لأنّ جمهور المفسرین أجمعوا علی أن المراد من قوله: (أَوْ یَعْفُوَا الَّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النِّکاحِ) ، وهو إمَّا الزَّوج وإمَّا الولیّ، وبطل حمله علی الزوج لما بیناه أنّ الزوج لا قدره له البتَّه علی عقده النکاح، فوجب حمله علی الولیّ. (۵)

۱- (۱) . الجامع لأحکام القرآن: ۲۳۹/۱۲.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . روح المعانی: ۱۴۸/۱۸.

۴- (۴) . البقره: ۲۳۷.

۵- (۵) . التفسیر الکبیر: ۱۴۴/۶.

ب) أدلّه اشتراط الولايه فى النكاح من السنه

وأمّا أدلّه اشتراط الولايه فى النكاح من السنَّه النبويَّه، فهى الأظهر والأشهر عندهم، بل هى العمده فى هذه المسأله عند كثير ممّن ذهب إلى اشتراط الولايه فى النكاح، ومنها:

الحديث الأوّل: ما رواه أبو موسى الأشعرى قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : «لا نكاح إلا بولىٍّ». (۱)

ويعتبر هذا الحديث أقوى حجَّه عند القائل باشتراط الولايه فى صحّه نكاح المرأه؛ إذ هو صريح فى نفى النكاح بدون ولىّ.

قال الشوكانى:

قوله: «لا نكاح إلّا بولىّ» هذا النفى يتوجه إلى الذات الشرعيَّه، لأنَّ الذات الموجوده – أعنى: صوره العقد بدون ولىّ – ليست بشرعيه، أو يتوجَّه إلى الصحّه التى هى أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغير ولىّ باطلاً، كما هو مصرَّح فى حديث عائشه. (۲)

وهذا الحديث عليه العمل عندهم، كما قال الترمذى:

والعمل فى هذا الباب على حديث النبى صلى الله عليه و آله : «لا نكاح إلّا بولىّ»، عند أهل العلم من الأصحاب، منهم على بن أبى طالب عليه السلام وعمر بن الخطّاب، وعبد الله بن عبّاس، وأبو هريره وغيرهم.

وهكذا روى عن بعض التابعين أنّهم قالوا: «لا نكاح إلا بولى» منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصرى، وشريح، وإبراهيم النَخَعى، وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم، وبهذا يقول سفيان الثورى، والأوزاعى، ومالك وعبد الله بن المبارك، والشافعى، وأحمد، وإسحاق». (۳)

۱– (۱) . سنن الترمذى: ۲۲۶/۴؛ سنن ابن ماجه: ۶۰۵/۱.

۲– (۲) . نيل الأوطار: ۱۳۵/۶.

۳– (۳) . انظر: جامع الترمذى مع التحفه: ۲۳۴/۴ – ۲۳۲؛ الجامع لأحكام القرآن: ۷۳/۳.

وقد أورد على هذا الحديث من جهه إسناده ودلالته على اشتراط الولايه جمله اعتراضات:

أوّلاً: ضعف السند إنَّ هذا الحديث مضطرب بين الرفع والإرسال، والوصل والانقطاع. (۱)

ثانياً: وعلى فرض تسليمه فإنَّ فيه أمرين:

الأوّل: أنَّ المنفى فى حديث: «لا نكاح إلّا بولىّ» هو الكمال والاستحباب؛ إذ لا خلاف عندهم أنّه يندب للمرأه أن لا تباشر عقده النكاح بنفسها، لئلا تنسب إلى الوقاحه، ولكن ذلك لا يمنع صحته منها إذا وقع.

الثانى: أن لفظ (الولىّ) مجمل، يحتمل ما قاله من اشترط الولايه فى النكاح، ويحتمل غيره، ومع هذا الاحتمال، فلا يجوزحمله على بعضها دون بعض إلّا بدليل.

فأمّا سبب حمله على نفى الكمال والاستحباب، فذلك لمعارضته لأحاديث أخرى، مثل حديث ابن عبّاس أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

«الأيِّم أحقّ بنفسها من وليِّها، والبكر تستأذن فى نفسها، وإذنها صماتها». (۲)

الحديث الثانى: ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله أنّه قال:

«أيّما امرأه نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلّ من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولىّ من لا ولىَّ له». (۳)

قالوا: على أن هذا الحديث نصّ فى بطلان إنكاح المرأه نفسها بغير إذن وليِّها، وهو عام فى كل امرأه صغيره أم كبيره، بكراً أم ثيباً، فى سلب ولايه النكاح عنها من غير تخصيص لبعضهنّ دون بعض.

۱- (۱) . انظر: فتح القدير: ۲۵۹/۳.

۲- (۲) . سنن بن ماجه: ۶۰۱/۱؛ سنن البيهقى: ۱۱۵/۷.

۳- (۳) . سنن بن ماجه: ۶۰۵/۱.

وكـذلك أكَّد النبى صـلى الله عليه و آله حقيقه دلاـلته على بطلاـن إنكاح المرأه نفسـها بـدون وليّها، وأنَّ ولايه نكاحها حقّ من حقوق وليّها. (١)

مناقشه الاستدلال بهذا الحديث

وقد أورد على سند هذا الحديث ودلالته جمله اعتراضات منها:

أوّلًا: أنَّ الزهرى - راويه - قد سئل عنه، فقال: لست أعرفه، أو لست أحفظه، وفى لفظ فأنكره. (٢)

فدلَّ ذلك على ضعف هذا الحديث.

ثانياً: أنَّ عائشه، وهى التى روته قد عملت بخلافه، وكذلك الزهرى.

فقـالوا: أنَّ عمـل عـائشه يخـالف ما روته هنا ما رواه عبـد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشه: أنَّها زوَّجت بنت عبـد الرحمن المنـذرَ بن الزبير، وعبـد الرحمن غائب بالشام، فلمَّا قـدم عبـد الرحمن قال: أمثلى يصـنع به هذا ويفتات عليه؟ فكلَّمت عايشه عن المنذر، فقال المنذر: إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت أرد أمراً قَضَيتيه، فقرَّت حفصه عنده ولم يكن ذلك طلاقاً. انتهى بلفظ الطحاوى. ثمَّ قال الطحاوى:

فلما كانت عائشه قد رأت تزويجها بنت عبد الرحمن بغير أمره جائز، ورأت ذلك العقد مستقيماً حتّى أجازت فيه التمليك الذى لا يكون إلّا عن صحّه النكاح وثبوته استحال، عندنا أن يكون ترى ذلك. (٣)

وأمّا خلاف الزهرى، فقد ذكر ابن حزم من طريق عبد الرزّاق عن معمر أنّه قال له:

١- (١) . انظر فى دلاله هذا الحديث على اشتراط الولايه فى النكاح: الجامع لأحكام القرآن: ٧٣/٣ و ٧۴؛ نيل الأوطار: ١٣۶/۶.
٢- (٢) . المحلّى: ۴۵٢/٩.
٣- (٣) . شرح معانى الآثار: ٨/٣.

سألت الزهری عن الرجل يتزوّج بغير وليّ؟ فقال: إن كان كفؤاً لم يفرَّق بينهما. (۱)

فدلّ ذلک على ضعف هذا الحديث أو نسخه.

المذهب الثانی: أنّ الولایه لیست بشرط فی نکاح الحرّه البالغه

وعلى هذا فللحره البالغه العاقله - بكراً كانت أم ثيّباً - تزويج نفسـها إلّا أنّه خلاف المستحبّ، وسواء أكان الزوج كفؤاً لها أم غير كفء؟ فالنكاح صحيح وللأولياء حقّ الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفؤاً لها. (۲)

وهذا المذهب هو المشهور عن أبی حنيفه - وبه قال زفر - وهو روايه عن أبی يوسف فی ظاهر المذهب. (۳)

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما يلی:

أ) الدليل من القرآن

الدليل الأوّل: قوله تعالى: (وَ إِذا طَلَّقْتُمُ النِّساءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْواجَهُنَّ إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (۴)

فقـد قال أبو بكر الجَصَّاص: قوله تعالى: (فَلا تَعْضُلُوهُنَّ) معناه: لا تمنعوهنَّ أو لا تضـيِّقوا عليهن فی التزويج، وقد دلَّت هذه الآيه من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير وليّ، ولا إذن وليِّها:

أحدها: إضافه العقد إليها من غير شرط إذن الوليّ.

والثانی: نهيه عن العضل إذا تراضی الزوجان. (۵)

ص:۲۰۰

۱- (۱) . المحلّى: ۴۵۲/۹.

۲- (۲) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۱۰/۵؛ بدائع الصنائع: ۱۳۶۴/۳.

۳- (۳) . فتح القدير: ۲۵۶/۳؛ بدائع الصنائع: ۱۳۶۴/۳.

۴- (۴) . البقره: ۲۳۲.

۵- (۵) . أحكام القرآن: ۴۰۰/۱.

وأجيب عن ذلك بأنَّ المراد بنكاحهنَّ هو ما يعقده لهن أولياؤهنَّ لا ما تعقده المرأه لنفسها، كما دلَّ سبب نزول الآيه فى حديث معقل بن يسار فى عضله أخته كما سبق بيانه.

وأمّا إضافه النكاح إليهنَّ فلإنَّهنَّ محلّه والمتسبِّبات فيه.

قال الفخر الرازى:

وهذا وإن كان مجازاً إلّا أنّه يجب المصير إليه، لدلاله الأحاديث على بطلان هذا النكاح أى بدون ولىّ. (۱)

الدليل الثانى: قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْواجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَه أَشْهُرٍ وَ عَشْراً فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) . (۲)

قال أبو بكر الجصّاص:

ومن دلائل القرآن على ذلك - أى: على تزويج المرأه نفسها - قوله تعالى: (فَإِذا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِی أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ، فجاز فعلها فى نفسها من غير شرط الولىّ، وفى إثبات شرط الولىّ فى صحّه العقد نفى لموجب الآيه.

فإن قيل: إنَّما أراد بذلك إختيار الأزواج وألّا يجوز العقد عليها إلّا بإذنها.

قيل له: هذا غلط من وجهين:

أحدهما: عموم اللفظ فى اختيار الأزواج وفى غيره.

والثانى: أنّ إختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل فى نفسها، وإنَّما يحصل ذلك بالعقد الذى يتعلّق به أحكام النكاح، وأيضاً، فقد ذكر الاختيار مع العقد بقوله: (إِذا تَراضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ) . (۳)

وأجيب عن ذلك بما يلى:

۱- (۱) . التفسير الكبير: ۱۱۴/۶.

۲- (۲) . البقره: ۲۳۴.

۳- (۳) . أحكام القرآن: ۴۰۰/۱.

١. أنَّ قوله تعالى: (فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ فِيما فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَ اللّهُ بِما تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) ١ خطاب للأولياء، ولولا أنَّ العقد لا يصحّ إلّا من الوليّ لما كان مخاطباً به، حكى ذلك الفخر الرازى عن الشافعيه. (١)

٢. أنَّ الله عزّ وجلّ إنَّما أباح لها فعلها فى نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف؛ إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازه من الحنفيّه، وصرحوا بأنَّ فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها. (٢)

ب) الدليل من السنه

وأمّا الدليل من السنه، فقد استدلوا بجمله من الأحاديث منها ما يلى:

الحديث الأوّل: ما روى عن النبى صلى الله عليه و آله قال:

«الأيّم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها».

فقالوا: إنَّ الأيِّم فى هذا الحديث اسم لامرأه لا زوج لها، بكراً كانت أم ثيباً، وقد أثبت النبى صلى الله عليه و آله لكل من الوليّ والأيِّم حقاً ضمن قوله أحقّ وجعلها أحقّ بنفسها من وليّها ولن تكون أحقّ منه بنفسها إلّا إذا صحَّ تزويجها نفسها بغير رضاه، وهذا يمنع أن يكون له حقّ فى منعها العقد على نفسها. (٣)

وقد أجاب عنه الجمهور: بأنَّه لا حجه فى هذا الحديث، وعمده ما أجابوا به جوابان:

أوّلهما: أنَّ لفظ (الأيِّم) وإن كان لغهً اسماً لامرأه لا زوج لها، بكراً كانت أم ثيباً، صغيرهً أم كبيرهً، بل لكلِّ من لا زوج له، وإن كان رجلاً، إلّا أنَّ المقصود به فى هذا

١- (٢) . التفسير الكبير: ١٢٩/٦.

٢- (٣) . انظر: فتح القدير: ٢٥٨/٣.

٣- (٤) . نصب الرايه وحاشيتها: ١٧٤/٤.

الحدیث إنِّما هو: «المرأه الثیّب»، خاصَّه فیبقی الاستدلال به قاصراً عن دعوی شموله الثیب والبکر معاً. (۱)

واستدلّوا علی ذلک بثلاثه أمور:

۱. مقابله الأیِّم بالبکر فی الحدیث دلیل علی أنَّ النبی صلی الله علیه و آله إنَّما أراد بالأیِّم من لم تکن بکراً، فقد قسَّم النساء قسمین: أیامی وأبکاراً ولا ثالث لهما. (۲)

۲. ما جاء فی بعض روایات هذا الحدیث بلفظ: «الثیب أحقّ بنفسها من ولیّها»؛ أذ إنّها مفسِّره للمراد من الأیِّم فی هذا الحدیث. (۳)

۳. أنَّ استعمال لفظ الأیِّم فی المرأه الثیّب التی فارقت زوجها بموت أو طلاق ونحوه أکثر استعمالاً فی اللغه، وأشهر ذکراً بخلافه فی البکر التی لمَّا تزوّج بعد. (۴)

ثانیهما: أنّه متی أمکن الجمع بین الأحادیث التی ظاهرها التعارض وجب المصیر إلیه، لما فی ذلک من العمل بالأدلّه جمیعاً دون العمل ببعضها وردِّ بعض، والجمع بین هذا الحدیث وأحادیث اشتراط الولایه فی النکاح ممکن، وذلک بحمل حقّ الولیِّ علی العقد، وحقِّها علی الرضی، ولا شکّ أنَّ حقّها بنفسها آکد، لتوقف حقّ الولیِّ علیه، فهذا وجه أحقّیّتها بنفسها. (۵)

وقال النووی:

قوله صلی الله علیه و آله : «أحقّ بنفسها»، یحتمل من حیث اللفظ أنَّ المراد أحق من ولیها فی کل شیء من عقده وغیره، کما قاله أبو حنیفه وداود. ویحتمل أنَّها أحقّ بالرضی - أی: لا تزوج حتّی تنطق بالإذن بخلاف البکر - ولکن لما صحّ قول

۱- (۱) . انظر: فی معنی الأیِّم ماده (أیم) مقاییس اللغه: ۱۶۵/۱ و ۱۶۶؛ الصحاح: ۱۸۶/۵؛ القاموس: ۷۹/۴؛ النهایه فی غریب الحدیث: ۸۵/۱ و ۸۶.

۲- (۲) . انظر: نصب الرایه: ۱۹۳/۳؛ شرح النووی لصحیح مسلم: ۲۰۳/۹.

۳- (۳) . المصادر السابقه.

۴- (۴) . المصادر السابقه.

۵- (۵) . انظر فی هذا المعنی: عون المعبود: ۱۲۵/۶ و ۱۲۴.

النبی صلی الله علیه و آله : «لاـ نکاح إلّا بولیّ»، مع غیره من الأحادیث الـدالَّه علی اشتراط الولیّ تعیَّن الاحتمال الثانی، وأعلم أنّ لفظه أحقّ هنـا للمشـارکه، معنـاه: أنّ لهـا فی نفسـها فی النکـاح حقـاً، ولولیهـا حقاً وحقها أوکـد من حقّه، لو أراد تزویجها کفؤاً وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوّج کفؤاً فامتنع الولیّ أجبر، فإن أصرَّ زوجها القاضی، فدلّ علی تأکید حقّها ورجحانه. (۱)

الحدیث الثانی: ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله :«لیس للولیِّ مع الثیب أمر، والیتیمه تستأمر وصمتها إقرارها». (۲)

فقالوا: إن قوله صلی الله علیه و آله :«لیس للولیِّ مع الثیب»، أمر نصّ فی إسقاط اعتبار الولیّ فی العقد، وفی إثبات حقّ المرأه فی تزویج نفسها. (۳)

وقد أجیب عنه بما یلی:

أوّلاً: إنّ هذا الحدیث قاصر عن الدعوی – وهو إنکاح المرأه نفسها بکراً أم ثیباً – فهو لا یشمل البکر. (۴)

ثانیاً: الجمع بینه وبین أحادیث اشتراط الولایه فی النکاح بحمل هـذا الحـدیث علی نفی حقّ الولیّ فی الإکراه؛ إذ لیس للولیّ مع الثیّب أمر إکراه، فلا یجبرها علی النکاح، ولا علی من ترضاه، وهذا محلّ اتفاق. (۵)

المذهب الثالث: التفصیل بین الکفء وغیره

وأمّا المذهب الثالث فی الولایه علی المرأه، فهو التفصیل فی ذلک باعتبار کفاءه الزوج أو عدم کفاءته.

ص:۲۰۴

۱– (۱) . شرح النووی لصحیح مسلم: ۲۰۳/۹ و ۲۰۴.

۲– (۲) . سنن أبی داود: ۱۲۷/۶؛ سنن البیهقی: ۱۱۸/۷.

۳– (۳) . انظر: أحکام القرآن: ۴۰۱/۱؛ بدائع الصنائع: ۱۳۶۷/۳.

۴– (۴) . انظر: عون المعبود: ۱۲۷/۶.

۵– (۵) . المصدر السابق.

فإنّ كان الزَّوج كفؤاً لها صحَّ عقدها نكاح نفسها ونفذ، وإن لم يكن الزوج كفؤاً لها، فالنكاح غير صحيح أصلاً.

وهذا القول: هو روايه الحسن اللؤلؤى عن أبى حنيفه، وقد أختيرت هذه الروايه الفتوى. (۱)

توجيه هذه الروايه:

وتوجيه هـذه الرِّوايه عن أبى حنيفه – والتى قـد أختيرت للفتوى – هو سدّ باب التزويج على المرأه من غير كفئها احتياطاً للأولياء ودفعاً للضّرر عنهم، لأنَّه كما قالوا: كم من واقع لا يرفع؟

وليس كـلّ ولىٍّ يحسن المرافعه والخصومه، ولاـ كلّ قاض يعـدل، ولو أحسن الولىّ وعـدل القاضـى فقـد يترک أنفه للتردّد على أبواب الحكـام واسـتثقالاً للخصومـات، كمـا أن الجثوّ بين يـدى الحكـام مـذلَّه، فيتقرَّر الضـرر، وخـاصَّه بعـد فسـاد الزمان، فكان الأحوط سدّ الباب بالقول بعدم الانعقاد أصلاً. (۲)

والحاصل:

أنَّ الأصل فى إنكاح المرأه نفسها صحته؛ وأما بطلانه، فيدور مع الكفاءه وجوداً وعدماً.

المذهب الرابع: انعقاده موقوفاً على إجازه الولىّ

وأمَّا المـذهب الرابع فى الولاـيه على المرأه، فهو صـحّه إنكاحهـا نفسـها بـدون إذن وليِّها، ولكنّه ينعقـد موقوفاً على إجازه وليِّها، سواء كان الزوج كفوءاً أم غير كفء.

وهذا القول هو الروايه المشهوره عن محمّد بن الحسن. (۳)

ص:۲۰۵

۱- (۱) . انظر: فتح القدير: ۲۵۵/۳؛ السرخسى، المبسوط: ۱۰/۵.

۲- (۲) . فتح القدير: ۲۵۵/۳.

۳- (۳) . السرخسى، المبسوط: ۱۰/۵؛ فتح القدير: ۲۵۶/۳.

الاستدلال لهذا المذهب:

قال الكاسانی:

احتجَّ محمّد بما روی عن عائشه عن رسول الله صلی الله علیه و آله أنّه قال: «أیما امرأه تزوجت بغیر إذن ولیها فنکاحها باطل»، ثمّ قال: والباطل من التصرّفات لا حکم له شرعاً کالبیع الباطل ونحوه. (۱)

واستدلّ له من جهه المعقول: بأن للولیّ حقاً فی النکاح، بدلیل ثبوت حقّ الاعتراض له أو الفسخ، ومن لا حقّ له فی عقد فلا یملک فسخه، والتصرّف فی حقّ إنسان إنما یقف جوازه علی إجازته، کالأمه إذا زوجت نفسها بغیر إذن سیّدها. (۲)

المذهب الخامس: صحته بإذن ولیِّها

وأمّا المذهب الخامس: فهو التفریق بین من أذن لها ولیها فی إنکاح نفسها وبین من لم یأذن لها، فإن أذن لها ولیِّها صحّ تولیها عقد نفسها وإن لم یأذن لها، فلا یصحّ.

وهذا هو مذهب أبی ثور. (۳)

استدلَّ أبو ثور لمذهبه هذا بما یلی:

۱. بحدیث عائشه أن النبی صلی الله علیه و آله قال:

«أیّما امرأه نکحت بغیر إذن ولیِّها فنکاحها باطل، فنکاحها باطل، فنکاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان ولیّ من لا ولیَّ له».

فإنّ منطوق هذا الحدیث یدلّ علی بطلان إنکاح المرأه نفسها بغیر إذن ولیِّها، ومفهومه یدلّ علی صحّه إنکاحها نفسها بإذن ولیِّها.

۱- (۱) . بدائع الصنائع: ۱۳۶۵/۳ و ۱۳۶۶.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . انظر فی هذا المذهب: شرح النووی: ۲۰۵/۹؛ نیل الأوطار: ۱۳۶/۶.

٢. إنَّ الوليّ إنّما يراد ليختار كفوءاً، لدفع العار وذلك يحصل بإذنه. (۱)

ولكن ماذا لو أنكحت نفسها كفؤاً بدون إذنه؟ أيجيزه أبو ثور أم لا؟

المذهب السادس: اشتراط الولايه فى النكاح على البكر دون الثيب

وأمّا المـذهب السـادس، فهو التفريق بين البكر والثيب، فـإن كانت المرأه بكراً فلا نكاح لها إلّا بوليّ، وإن كانت ثيباً صـحَّ لها أن تولىِّ أمر نكاحها رجلًا من المسلمين، فيزوّجها ولا اعتراض لوليِّها عليها.

وهذا مذهب داود الظاهرى. (٢)

دليل داود الظاهرى

واستدلّ داود الظاهرى لمذهبه هذا بحديث ابن عبّاس أنّ النبى صلى الله عليه و آله قال:

«الأيِّم أحقّ بنفسها من وليِّها، والبكر تستأذن فى نفسها، وإذنها صماتها». (٣)

فظاهر هـذا الحـديث التفريق بين البكر والثيب فى الولايه، حيث جعـل الثيب أحقّ بنفسـها من وليّهـا، وذلك بخلاف البكر، فإنّ ظاهر الحديث يدلّ على أنَّ أمرها بيد من يستأذنها. (۴)

المذهب السابع: اشتراط الولايه على الشريفه دون الدنيئه

وأمّا المـذهب السابع: فهو القول بالتفريق بين الدنيئه والشـريفه، فإن كانت المرأه شـريفه فلا يصحّ لها نكاح إلا بوليّ، وإن كانت دنيئه صـحَّ نكاحهـا بالولايه العامّه، فيصـح أن تجعل أمرها إلى رجل صالـح من المسـلمين، فيعقـد لها، ويصـح نكاحها ولو تولى الزوج العقد بنفسه.

١- (١) . شرح النووى: ٢٠٥/٩.
٢- (٢) . بدايه المجتهد: ٧/٢؛ نيل الأوطار: ١٣۶/۶.
٣- (٣) . لقد تقدّم تخريجه.
۴- (۴) . انظر: المصادر السابقه.

وهذا القول هو المشهور عن مالك بن أنس. (١)

شرط القول بهذا المذهب.

لا بدّ فی صحّه نكاح الدنيئه بغير ولیّ - على هذا المذهب. من شرطين:

أوّلهما: ألّا يوجد لها ولیّ خاص مجبر، فإن وجد الولیّ الخاص المجبر فلا يصح نكاحها بالولايه العامّه، ولا بدّ من فسخه حتّى ولو أجازه الولیّ الخاصّ المجبر بعد ذلك. (٢)

وثانيهما: ألّا تتولَّى هی بنفسها عقده النكاح، ولا تتولّاه لها امرأه، بل تستخلف رجلًا من المسلمين فيتولى أمر نكاحها، فإن باشرته بنفسها أو امرأه لها فلا يصحّ ذلك النكاح، ويفسخ إن وقع، ففی المدوّنه قال:

أرأيت لو أن امرأه زوّجت نفسها ولم تستخلف من يزوجها بغير أمر الأولياء، وهی ممّن الخطب لها، أو هی ممّن لا خطب لها؟

قال: قال مالك: لا يقرّ هذا النكاح أبداً على حال، وإن تطاولت وولدت منه أولاداً؛ لأنّها هی عقدت عقده النكاح، فلا يجوز ذلك على حال. (٣)

١- (١) . شرح النووی على مسلم: ٢٠٥/٩.
٢- (٢) . حاشيه الدسوقی، على الشرح الكبير: ٢٢٦/٢.
٣- (٣) . المدوّنه الكبرى: ١٥٢/٢.

الفصل الثالث: شروط تحقّق الولايه وإعمالها

اشاره

ص:۲۰۹

المبحث الأوّل: شروط ثبوت الولايه

اشاره

تمهيد

المراد بشروط ثبوت الولايه فى النكاح فى هذا الفصل هى: صفات أهليّه وليِّ النكاح، وإنّ كان ما يذكر هنا من تلك الصفات ليست خاصّه بوليّ النكاح، بل هى شرط لصحّه تصرّف كلّ عاقد.

وقد دأب الفقهاء هنا على بحث تلك الصفات باسم: «شروط الوليّ فى النكاح»، وبعضهم باسم موانع الولايه فى النكاح، ولا مُشاحه بين الاصطلاحين، فالشروط ضد الموانع، فبعضهم أراد بيان الصفات التى يجب وجودها فى الوليّ كالعقل والبلوغ، وبعضهم أراد بيان الصفات السالبه للأهليّه كالجنون والصغر.

والذى جرى اختياره، هو: بحث صفات أهليّه الوليّ، وهى المسماه بالشروط، وإليك تعريفاً موجزاً لكلّ من الشروط والموانع حسب الآتى:

أوّلاً: الشروط

لغهً:

هى جمع شَرط وهو إلزام شىء والتزامه، وأصله العلامه، ومنه شرط الحاجم؛لأنّه يترك أثراً علامه فى مكانه. (۱)

ص:۲۱۱

۱- (۱) . انظر فى معنى الشرط لغه ماده: مقاييس اللغه: ۲۶۲/۳ - ۲۶۰؛الصحاح: ۱۱۳۶/۳؛ القاموس المحيط: ۳۸۱/۲؛ لسان العرب: ۳۲۹/۷.

عرفاً:

مـا يتوقف عليه تـأثير المؤثّر فی تـأثيره لاـ فی وجوده، ومن خاصـيته: أنّه يلزم من عـدمه العـدم، لاـ من وجوده الوجود، كالطهاره للصلاه، والحول للزكاه (١)، والعقل للولیّ.

ثانياً: الموانع

لغهً:

جمع مانع: اسم فاعل، من منعه إذا حجزه أو حال بينه وبين ما يريد، وأصل: منع ضدّ أعطی، والمانع ضدّ المعطی. (٢)

اصطلاحاً:

المانع: فهو الذی يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته.

فبالأوّل: خرج السبب.

وبالثانی: خرج الشرط.

وبالثالث: احتراز من مقارنه عـدمه لعدم الشـرط، ما يلزم العدم، أو وجوب السـبب فيلزم الوجود، بل بالنظر إلی ذاته لا يلزم شـیء من ذلك.

فظهر، أنّ المعتبر من المانع وجوده، ومن الشـرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه، وقد اجتمعت فی الصلاه، فإنّ الدلوك سبب فی الوجوب، والبلوغ شرط، والحيض مانع. (٣) والمانع كالأبوه فی القصاص، والجنون فی الولیّ.

وبهذا يتضح أنّ مفهومی الشروط والموانع ضدَّان، وسيكون البحث عن صفات

١- (١) . القواعد والفوائد: ٦۴/١.

٢- (٢) . انظر: مقاييس اللغه: ٢٧٨/۵؛ الصحاح: ١٢٨٧/٣؛ القاموس المحيط: ٨٩/٣؛ تاج العروس: ۵١۵/۵؛ لسان العرب: ٣۴٣/٨.

٣- (٣) . القواعد والفوائد: ٢۵۵/١ و ٢۵۶.

أهليّه الولی، وهی الصفات المسمّاه بالشروط، وهی تبلغ سبعه شروط، وسیکون لکلٍّ منها مبحث خاصّ لبیان أهمّ ما قیل فیه - إن شاء الله تعالی - وهی کالتالی:

أوّلاً: اشتراط البلوغ فی ولیِّ النکاح

اشاره

إنَّ اشتراط البلوغ فی ولیّ النکاح فإنَّه یکاد أن یکون محلَّ اتفاق بین جمیع المذاهب الإسلامیّه؛ إذ إنَّ الولایه فی النکاح ولایه نظر فاعتبارالبلوغ هو أماره تکامل القوی العقلیَّه، ولما کانت الولایه معتبره بشرط النظر، لم یصح إسنادها لمن لا یعرف المفسده من المصلحه ولا یقدرها لنقصان عقله. وإذا کان الصغیر والصغیره یحتاجان إلی الولی، فلا معنی لثبوت الولایه لهما علی غیره؛ إذ إنَّ الولایه فی النکاح، أو غیره، ولایه نظر، والصغیر إمّا معدوم النظر أو ناقصه، فلم یکن من أهلها.

وهذا هو المذهب المعتمد عند جمیع أصحاب المذاهب الإسلامیّه. (۱)

قال المحقّق الکرکی:

لما کان تصرف الولیّ منوطاً بالغبطه والمصلحه - وإنّما یحصل بالبحث والنظر ممّن له أهلیّه ذلک - اعتبر فی الولیّ: أن لا یکون صبیّاً، لنقصه، وعدم اعتبار أفعاله التی من جملتها نظره، وعبارته وإن کان مراهقاً، ومعلوم أنّه یمتنع فی الأب والجدّ أن یکونا صبیین. (۲)

ولکن روی عن أحمد بن حنبل: أنَّ الصغیر إذا بلغ عشراً زوّج وطلق،

۱- (۱) . انظر للإمامیه: قواعد الأحکام: ۱۲/۳؛ جامع المقاصد: ۱۰۴/۱۲؛ کشف اللثام: ۶۶/۷؛ الحدائق الناظره: ۲۶۹/۲۳. للحنفیه: فتح القدیر: ۲۸۴/۳ و ۲۸۵؛ بدائع الصنائع: ۱۳۴۷/۳. وللمالکیه: بدایه المجتهد: ۹/۲؛ قوانین الأحکام: ۲۲۴. وللشافعیه: مغنی المحتاج: ۱۵۴/۳؛ روضه الطالبین: ۶۲/۷. وللحنابله: الإنصاف: ۷۳/۸؛ کشف القناع: ۵۳/۵.

۲- (۲) . جامع المقاصد: ۱۰۵/۱۲.

وأجيزت وكالته فى الطلاق، قال ابن قدامه - بعد أن حكى هذه الروايه - وذلك لأنّه إذا بلغ هذا السن صحّ بيعه، ووصيّته وطلاقه، فتثبت له الولايه كالبالغ. (۱)

الأدلّه

استدل الإماميّه له بما يلى:

أوّلاً: من جهه المعنى إنّ اعتبار البلوغ لا بدّ منه؛ لأنّ الصغير والصغيره يحتاجان إلى الولى، فلا معنى لثبوت الولايه لهما على غيره.

ثانياً: قال رسول الله صلى الله عليه و آله :

«رفع القلم عن ثلاثه عن الصبى حتّى يبلغ، وعن النائم حتّى يستيقظ، وعن المجنون حتّى يفيق». (۲)

وهو واضح الدلاله.

استدلّ الجمهور من أهل السنه بما يلى:

أوّلاً: قوله تعالى: (وَ ابْتَلُوا الْيَتامى حَتّى إِذا بَلَغُوا النِّكاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ) . (۳)

فإذا لم يؤتمن الصغير على حفظ ماله حتّى يبلغ، فأولى ألّا يؤتمن على تصريف أمور غيره فيما هو أشدّ خطراً من المال. (۴)

ثانياً: ما روى عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «لا نكاح إلّا بولىٍّ مرشد» (۵)، ومظنّه الرشد المعتبر هو: ما كان بعد البلوغ لا قبله. (۶)

۱- (۱) . المغنى: ۲۵۶/۷.
۲- (۲) . الخصال: ۹۴؛ سنن أبى داود: ۱۴۰/۴ و ۱۴۱؛سنن الترمذى: ۳۲/۴؛ سنن ابن ماجه: ۶۵۸/۱.
۳- (۳) . النساء: ۶.
۴- (۴) . المغنى: ۳۵۶/۷.
۵- (۵) . سيأتى تخريجه والكلام عليه إن شاء الله تعالى.
۶- (۶) . انظر: المغنى: ۳۵۷/۷.

ولكن نوقش هـذا الحـديث من جهه إسـناده قالوا: فالصـحيح فيه أنّه موقوف على ابن عبّاس كما رواه البيهقى من طريق الشافعى وغيره. (١)

ثالثاً: ويستدلّ من جهه المعنى بأنَّ الصغير مُولًّى عليه فى نفسه، فأولى أن لا يلى على غيره، والولايه يعتبر لها كمال النظر، والصغير إمـا أن يكون لاـ نظر له - إن كـان غير مميّز - أو نـاقص النظر إن كـان مميّزاً؛ ولأـنَّ النكـاح عقـد معاوضه فلم يصـح من الصبّى كالبيع. (٢)

وامَّا وجه ما روى عن أحمد بن حنبل من أنّ الصـغير إذا بلغ عشـراً زوّج وتزوّج؛ فذلك لأنَّه إذا بلغ هذا السنّ صحّ بيعه، ووصـيّته وطلاقه، فتثبت له الولايه كالبالغ، قاله ابن قدامه، إلّا أنّه رجّح الروايه المشهوره فى المذهب، وهى اشتراط البلوغ. (٣)

ولعـلَّ هـذا فيما ترجّح عنـده، وإلّا فالروايه بصـحّه بيع الصَّبىِّ وطلاقه ووصـيّته موجوده فى المـذهب، بل إنَّ صـحّه طلاق الصبى ووصيَّته هى المذهب كما قرّره صاحب الإنصاف.

بل إنَّ صاحب الإنصاف حكى عن الشارح المذكور قوله:

إن أكثر الروايات تحدِّد من يقع طلاقه، من الصبيان بكونه يعقل، وهذا اختيار القاضى من الحنابله. (۴)

الرَّاجِح

على مـذهب الإمـاميّه، فـإنَّه لاـ يتصوّر الولاـيه من الصبى؛ لأـنَّ الولايه على مبناهم لا تكون إلّا للأب والجـدّ حصـراً، ثمّ إنَّ هـذه الولايه ولايه على الغير، فينبغى أن يعتبر لها

١- (١) . سنن البيهقى: ١٢۴/٧.

٢- (٢) . انظر: المغنى: ٣۵۶/٧؛ مغنى المحتاج: ١۵۴/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣۴٧/٣.

٣- (٣) . المغنى: ٣۵۶/٧.

۴- (۴) . الإنصاف: ۴٣٢/٨.

كمـال النظر، ومظنتّه البلوغ، والصـغير إن كـان غير مميّز، فلاـ نظر له لنفسه ولا لغيره، وأمّا إن كان مميّزاً فهو قاصـر النظر، وقصور نظره مظنّه إلحاق الضّرر بغيره.

ثانياً: اشتراط العقل فی ولیّ النكاح

إنَّ العقل شـرط من شروط الولیّ اتّفاقاً، وهذا ممّا لا شبهه فيه لعدم صحّه توليه المجنون؛ لأنّه عاجز عن النظر لنفسه، فاسد التدبير وليس أهلًا لأیّ عقد أو تصرّف قولی لعدم اعتبار عبارته شرعاً، ومن لا عقل له لا يمكنه أن ينظر لنفسه ولا لغيره.

وقد تقدّم حديث رفع القلم عن ثلاثه ومنهم: المجنون حتّی يفيق.

وهـذا يـدل علی رفع التكليف عنه زمن جنونه، فلاـ ولاـيه له علی نفسه فضـلًا أن تكون له ولاـيه علی غيره، وإن عـدم العقـل هو الأصل فی موانع الأهليّه والتكليف.

ويشـمل من زال عقله بالجنون، سواء أكان جنوناً مطبقاً أم متقطعاً، وسواء أكان أصـلياً أم طارئاً عليه بعـد بلوغه، وكذلك يشـمل من ذهب عقله بسبب الإغماء وما شابه ذلك.

قال الشهيد الثانی:

فلاـ تثبت الولاـيه للمجنون، ولا للمغمی عليه، لعجزهما عن اختيار الأزواج والنظر فی أحوالهم، وإدراك التفاوت بينهم المطلوب من الولیّ. (۱)

وعليه، فحيث يختل الشـرط فی الولیّ ينتقل الحكم إلی غيره من الأولياء وهو عنـد فقهاء الإماميّه فی الأب والجدّ؛ لأنّ لكلّ منهما الولايه مع كمال الآخر، فمع نقصه أولی، فإذا جن الأب أو أغمی عليه فالولايه للجدّ خاصّه.

قال المحقّق الحلّی:

۱- (۱) . مسالك الأفهام: ۱۶۷/۷.

لو جن الأب أو أغمی علیه تثبت الولایه للجدّ خاصّه، ولو زال المانع عادت الولایه. (1)

ولا فرق بین طول زمان الجنون والإغماء وقصره، لقصور حالته ووجود الولایه فی الآخر، وعند فقهاء السنه تنتقل الولایه إلی من بعده من الأولیاء (2)، إلّا فی بعض الحالات الطارئه علی العقل والتی عرف بالعاده قرب إفاقه صاحبها، فحینئذ تنتظر إفاقته ولا تسلب منه ولایته بسبب ذلک العذر الطاریء، وذلک کمن زال عقله بالإغماء، أو بجنون غیر مطبق، فهذه الحالات لا یستدیم العقل فیها زواله غالباً، بل یرجی عن قرب زوال ما أ لّم به فیکون من أهل النظر لنفسه ولغیره أشبه النائم وهذا ما ذهب إلیه الشافعی (3)، حیث جعل المانع القصیر غیر مبطل للولایه، ولا ناقل لها إلی الأبعد کالنوم.

ثالثاً: اشتراط الرشد فی ولی النکاح

المراد بالرشد فی هذا المبحث

الرُّشْد لغهً:

وهو خلاف الغیّ، وأصل هذه الکلمه یدلُّ علی معنی: الاستقامه، سواء أکانت حسیَّه أم معنویَّه. (4)

وأمّا المراد بالرُّشد عند الفقهاء، فهو: ضد السَّفَه، قال الفاضل المقداد:

1- (1) . شرائع الإسلام: 223/2.

2- (2) . انظر للحنفیه: نیل الأوطار: 284/3 و 285؛ بدائع الصنائع: 1347/3؛ وللمالکیه: الکافی: 430/1؛ قوانین الأحکام: 224؛ وللحنابله: المغنی: 355/7؛ الإنصاف: 75/8.

3- (3) . الأم: 13/5.

4- (4) . انظر ماده (رشد) مقاییس اللغه: 398/2؛ الصحاح: 474/2؛ القاموس: 305/1؛ تاج العروس: 352/2، لسان العرب: 174/3؛ النهایه فی غریب الحدیث: 225/2.

لا شک أنّ المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال وعدم الانخداع فی المعاملات. (۱)

وقال العلّامه: الرشد هو الصلاح فی المال. (۲)

فهل بین الرشّد فی المال والرشد فی النکاح تلازم؟ أو أنَّ رشد کلّ مقام بحسبه؟

هذا ما نحاول بحثه من خلال استعراض مذاهب الفقهاء التالیه:

أوّلًا: مذهب الإمامیّه

لقد نصّ الإمامیّه علی أنَّ الرشد شرط من شروط الولیّ فی النکاح؛ إذ غیر الرشید لا ولایه له لنفسه، فکیف تکون الولایه لغیره؟

إلّا أنَّهم قد صرّحوا بالفرق بین الرّشد فی المال والرشد فی النکاح، قال السید الحکیم:

و أنَّ حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه فی المال وأنَّ الحجر یرتفع بالرشد فی المال: أن السفه فی غیر المالیات لا أثر له فی الحجر، ولیس السفه فی التزویج إلّا کالسفه فی المأکل، والمسکن، والملبس، والمرکب، ومعاشره الإخوان، وغیر ذلک من الأمور المتعلقه بالإنسان ممّا لا یستوجب اتلاف المال وتبذیره، فإنَّ من الضروری أنّه لا ولایه علی السفیه فیها، ولیس هو ممنوعاً من التصرّف إلّا بإذن ولیّه، فلیکن السفه کذلک فی التزویج. (۳)

ثانیاً: مذهب الحنفیه

لم أرَ من صرح منهم بعدّ الرشّد شرطاً من شروط الولی فی النکاح، وهذا هو قیاس مذهب أبی حنیفه فی الولایه علی ماله؛ إذ لا حَجر - عنده - علی السفیه الحرّ فی ماله، ولا فی إنکاحه نفسه، فکذلک ینبغی أن یکون لا حجر علیه فی ولایته النکاح؛

۱- (۱) . التنقیح الرائع لمختصر الشرائع: ۱۸۱/۲.

۲- (۲) . التحریر: ۲۱۸/۱.

۳- (۳) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۶۰/۱۴ و ۴۶۱.

إذ باب الولايتين عنده واحد، وهذا هو المشهور عنه، أعنى أنَّ الرّشد ليس شرطاً فى وليّ النكاح. (۱)

ثالثاً: مذهب المالكيه

وأمّا مـذهب المالكيّه، فقد اختلف أصـحاب مالك فى اشتراط الرّشد فى ولى النكاح، فمنهم من عدّه شـرطاً، ومنهم من لم يرَهُ - وهم الأكثر والمذهب المشتهر - ومنهم من قال: أنّه شرط كمال لا صحّه.

وظاهر مذهبهم أنَّ الرَّشيد ضدّ السَّفيه المحجور عليه فى ماله، وعلى هذا فلا فرق عندهم بين رشد المال ورشد النكاح. (۲)

رابعاً: مذهب الشافعيه

إنّ الرّشد شرط فى ولى النِّكاح، والرشـيد هنا ضدّ السـفيه المحجور عليه فى ماله، فلا ولايه له فى النكاح على الصـحيح المعتمد فى المذهب، وهناك قول آخر مرجوح أنّه يلى؛ لأنَّه كامل النظر فى النِّكاح، وإنَّما حجر عليه لحفظ ماله. (۳)

خامساً: مذهب الحنابله

لقـد نصّ بعضـهم على أنَّ الرّشـد شـرط من شـروط الوليّ فى النِّكـاح، إلّا أنَّهم صـرّحوا بالفرق بين الرّشـد فى المال والرّشـد فى النكاح، وأنَّ رشـد المال غير معتبر فى النكاح، فقالوا: إنَّ الرشـد هنا: هو معرفه الكفء، ومصالـح النكاح، وليس هو حفظ المال؛ لأنَّ رشد كلِّ مقام بحسبه. (۴)

۱- (۱) . انظر: بدايه المجتهد: ۹/۲؛ قوانين الأحكام الشرعيه: ۲۲۴.

۲- (۲) . انظر: المجتهد: ۹/۲؛ قوانين الأحكام الشرعيّه: ۲۲۴.

۳- (۳) . انظر: مغنى المحتاج: ۱۵۴/۳؛ روضه الطالبين: ۶۳/۷.

۴- (۴) . انظر للحنابله: كشف القناع: ۵۳/۵ و ۵۴؛ الإنصاف: ۷۴/۸.

وممّا سبق يتّضح أنَّ للفقهاء فی معنی الرّشد فی ولیِّ النکاح وجهتین:

الوجهه الأولی: أنَّ الرّشد فی النکاح فرع الرّشد فی الأموال.

ولعلَّ وجهتهم: أنَّ من لم یکن رشـیداً فی ماله، فأولی ألّا یکون رشـیداً فی معرفه مصالح النکاح، خاصّه أنَّ النکاح أعلی شأناً من المال، وعلی هذا تصح ولایه النکاح من السفیه قبل الحجر علیه فی ماله، کما یصحّ تصرّفه فی ماله قبل ذلک اتّفاقاً.

وأمّا بعد الحجر علیه فی ماله، فلا تصحّ ولایته فی النکاح.

الوجهه الثانیه: أنّ الرشد فی النکاح غیر الرشد فی المال، وکلٍّ منهما معتبر فی محله.

واشتراط الرّشد فی النکاح بهذا المعنی لم أجده صریحاً کغیره من الشروط لغیر الإمامیّه والحنابله، کما تقدّم.

ومع هذا فإن عبارات عامّه الفقهاء لم تخل من هذا المعنی کقولهم إنَّ شرط الولی النظر ولکنّ الظاهرأن هذا معتبر عندهم بالعقل والبلوغ؛ لأنَّ شأن العاقل البالغ حسن النظر، فإذا کان الشـخص بالغاً، رشیداً فی المالیات، لکن لا رشد له بالنسبه إلی أمر التزویج، وخصوصیاته من تعیین الزوجه وکیفیّه الإمهار، ونحو ذلک، قال السیّد الشیرازی:

فلاـ ینبغی الإشـکال أنّه لاـ یلحق بالسـفیه، إلّا إذا کان فیه نوع من السـفه -لأن الجنون فنون - وذلک لأدلّه السـلطه العامّه الشامله للمقام، ومثله من لا رشـد له بالنسـبه إلی أمر المسـکن، أو أمر الملبس أو غیر ذلک، فیکون مبـذراً فی أحدها مثلاً، فإنّه لا ینبغی الاشـکال فی عـدم الولایه علیه، نعم قـد یسـتفاد من روایه عبـد الله بن سـنان: «إذا بلغت ونبت علیه الشـعر جاز أمره، إلّا أن یکون سفیهاً أو ضعیفاً». (۱)

۱- (۱) . هذا المضـمون مروی بتعبیرات مختلفه، وأقرب الکلّ إلیه ما رواه محمّد بن الحسن، الحرّ العاملی، وسائل الشیعه، باب ۲ من أحکام الحجر، ح۵، إلّا أنَّه نقله عن الخصال عن أبی الحسین الخادم بیاع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان. ولکن الموجود فی الخصال ۸۹/۲، روایته عن بیاع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان، فلاحظ.

بناء علی إطلاق السفیه الشامل لما نحن فیه، لکنه غیر ظاهر، بل یراد به مقابل الرشد لا ما یشمل المقام. (۱)

رابعاً: اشتراط الحریه فی ولی النکاح

إنّ اشتراط الحرّیه فی ولیِّ النکاح ممّا لم أجد فیه خلافاً فی جمیع المذاهب الإسلامیّه.

قال النجفی:

فلا ولایه للعبد علی ولده الحرّ والمملوک الذکر والأنثی بلا خلاف ولا إشکال، فلو عقد علی بنته الصغیره مثلاً الحرّه لم یمض عقده، وإن لم یناف غرض السیّد، بل وإن أذن له، فإنّ إذنه لا تفید ولایه بعد أن کان ناقصاً عنها لعدم قدرته علی شیء، بل لو أذن سیّده فی العقد علی بنته المملوکه له کان ذلک توکیلاً من السیّد لا إثبات ولایه. (۲)

ولکن حکی عن بعض الحنابله من احتمال صحّه إنکاح العبد ابنته، وتصحیح بعضهم له بإذن سیّده، وأطلق بعضهم فحکی فی المذهب روایه فی صحّه ولایه العبد علی قریباته الحرائر، ومع هذا فالرِّوایه المعتمده فی المذهب عندهم هی اشتراط الحّریه فی ولیّ النکاح، کما فی المغنی والإنصاف. (۳)

ووجه اشتراط الحریه فی ولی النکاح: أنَّ العبد مولّی علیه فی النکاح إجماعاً، فهو ملک لسیّدهن، ولا یملک تزویج نفسه بغیر إذن سیده؛ لأنّه لا ولایه له علی نفسه، بل علیه ولی فمن علیه ولی لا یکون ولیّاً علی الغیر.

ص:۲۲۱

۱- (۱) . موسوعه الفقه: ۵۴/۶۴.

۲- (۲) . جواهر الکلام: ۲۰۶/۲۹.

۳- (۳) . المغنی: ۳۵۶/۷؛ الإنصاف: ۷۲/۷.

ومن لا يملك تزويج نفسه فأولى أن لا يملك تزويج غيره؛ ولأنّ ولايه النكاح يشترط لها النظر، ولا نظر فى تفويض نكاح الحرّه إلى مملوك. (۱)

ولإطلاق الأدلّه مثل قوله تعالى: (ضَرَبَ اللّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ) . (۲)

فهو ممنوع من التصرّف فى نفسه فضلاً عن غيره، بل الولايه على الولد الحر للجدّ إن وجد أو وصيه، فإن لم يوجد فللحاكم الشرعى.

وأمّا إذا كان الولد رقاً فالولايه لمولاه وهذا واضح.

ولافرق فى سقوط ولايته على ولده بين كونه حرّاً أو عبداً مملوكاً لسيّده أو غيره، هذا إذا لم يأذن له مولاه فإن أذن له صحّ، وينبغى أن يكون موضع الصحّه ما إذا كان الولد مملوكاً فأذن له مولاه أيضاً فى تزويجه، أمّا لو كان حرّاً صغيراً، فإن ثبوت ولايته عليه بإذن المولى له مشكل؛ لأنّ المقتضى لسلب ولايته هو الرّق، ولا يزول بالإذن.

خامساً: اشتراط الإسلام فى ولىّ النكاح

اشاره

أمّا اعتبار الإسلام فى الولىّ، فقد ادعى الإجماع منّا ومن أهل السنه على عدم ثبوت الولايه للكافر على ولده المسلم. (۳)

ذكر المحقّق البحرانى قائلًا: الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب فى اشتراط

۱- (۱) . انظر: فى شرط الحرّيه المصادر التاليه للإماميّه: جامع المقاصد: ۱۰۴/۱۲؛ قواعد الأحكام: ۱۳/۳؛ للحنفيه: السرخسى، المبسوط: ۲۲۳/۴ و ۲۲۴، بدائع الصنائع، ج۱۳۳۶/۳ و ۱۳۳۷؛ وللمالكيه: المدونه:۱۵۰/۲؛ الشرح الكبير: ۲۳۰/۲؛ وللشافعيه: الأمّ: ۱۴/۵؛ روضه الطالبين: ۶۲/۷؛ وللحنابله: المغنى: ۳۵۶/۷؛ الإنصاف: ۷۲/۷.

۲- (۲) . النحل: ۷۵.

۳- (۳) . انظر للإماميه: مسالك الأفهام: ۱۶۶/۷؛ كشف اللثام: ۶۸/۷؛ جواهر الكلام: ۲۰۶/۲۹؛ وانظر لأهل السنه: المغنى: ۳۵۶/۷ - ۳۶۳، المحلّى: ۴۷۳/۹.

الإسلام فی الولایه فلا تثبت للکافر - أباً کان أو جدّاً. الولایه علی الولد المسلم صغیراً أو مجنوناً ذکراً کان أو أنثی. (۱)

قال ابن المنذر:

الإسـلام یعلو ولا یُعلی علیه، به اعزّ الله عباده، وبه قطع الموالاه بین أولیائه المؤمنین وأعدائه الکافرین، فلا ولایه لکافر علی مسـلم بإجماع أهل العلم. (۲)

ولکن حکی بعض الحنابله وجهاً فی المذهب لصـحّه ولایه الکافر علی ابنته المسلمه، وهل یباشر تزویجها بنفسه علی هذا الوجه؟ أو یعقده مسلم بإذنه؟ أو یعقده الحاکم بإذنه؟ أوجه علی هذا الوجه، قالوا: أصحّها الأوّل. (۳)

وقد استدلّ له الإمامیّه بأمور:

أوّلاً: من القرآن الکریم:

أوّلاً: قوله تعالی: (وَ لَنْ یَجْعَلَ اللّهُ لِلْکافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلاً) . (۴)

وجه الاستدلال:

الآیه تشیر إلی نفی السبیل، ومن المعلوم أن الولایه سبیل علی المؤمن، فلا تکون الولایه إلّا للمسلم. (۵)

مناقشه الاستدلال:

نوقش الاسـتدلال بهـذه الآیه بـأن الظـاهر من الجعل فیها بقرینه ما قبلها، وهو قوله تعالی: (فَاللّهُ یَحْکُمُ بَیْنَکُمْ یَوْمَ الْقِیامَهِ) ووجود حرف الاستقبال فیها یکون الظاهر منها الجعل التکوینی فیما یتعلّق بأمور الأخره لا الجعل التشریعی الذی نحن فیه، مع أنّه

۱- (۱) . الحدائق الناظره: ۲۶۷/۲۳.

۲- (۲) . الإشراف علی مذاهب العلماء: ۴۰/۴.

۳- (۳) . انظر: الإنصاف: ۷۹/۸؛ المبدع: ۳۸/۷.

۴- (۴) . النساء: ۱۴۱.

۵- (۵) . کتاب النکاح: ۱۲۸.

فسَّرت الآيه فی بعض الأخبار بنفی الحجّه للکفار علی المؤمنین فالسبیل المنفی فی الآیه إنّما هو الحجّه لا التسلّط علیه، ولذا نری ثبوت السلطه للکافر علی أجیره المسلم، مضافاً إلی إمکان انصراف السبیل علیه ممّا کان لمصلحه المسلم وخدمته. (۱)

ثانیاً: قوله تعالی: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِناتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ) . (۲)

بتقریب أنَّ المستفاد من الآیه جعل الولایه للمؤمنین فیما بینهم فلا ولایه لغیرهم علیهم. (۳)

وأورد علی الاستدلال بالآیه الکریمه، أنّه لم یثبت منها إراده الولایه بهذا المعنی، وإنّما أن یراد بها الموده أو النصره، وهو کونهم متعاونین بعضهم لبعض، فکما أن قوله تعالی: (وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ) لیس فی مقام جعل الولایه وتشریعها بین الکافرین، فمن الممکن أن تکون الآیه علی هذا المنال، بل قد یستظهر من الآیه أن الولایه من الطرفین، فتعمّ الکبیر والصغیر فلا دلاله فی عدم ولایه الکافر الکبیر علی المؤمن الصغیر. (۴)

ثانیاً: من السنه

فمنها: الحدیث المروی عن النبی صلی الله علیه و آله : «الإسلام یعلو ولا یعلی علیه». (۵)

والاستدلال به فی کون الحدیث فی مقام التشریع فیدل علی أنّه لیس فی أحکام الإسلام ما یوجب علو غیر المسلم علی المسلم، فلا تجعل له الولایه علیه إذن. (۶)

۱- (۱) . انظر: مستمسک العروه الوثقی: ۴۸۳/۱۴.

۲- (۲) . التوبه: ۷۱.

۳- (۳) . المؤید، کتاب النکاح: ۴۴۵/۱.

۴- (۴) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۸۳/۱۴.

۵- (۵) . وسائل الشیعه: ۳۷۶/۱۷، الباب الأوّل من أبواب موانع الإرث، ح: ۱۱.

۶- (۶) . المؤید، کتاب النکاح: ۴۴۵/۱.

وأورد علیه السیّد الحکیم قائلاً:

المراد من العلو الظهور نظیر قوله تعالی: (هُوَ الَّذِی أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدی وَ دِینِ الْحَقِّ لِیُظْهِرَهُ عَلَی الدِّینِ کُلِّهِ وَ لَوْ کَرِهَ الْمُشْرِکُونَ) ۱ . (۱)

ثالثاً: الإجماع

قال الشهید الثانی:

فلا تثبت الولایه للکافر، أباً کان أو جدّاً أو غیرهما... ثمّ قال والحکم فیه إجماعی. (۲)

ومثله فی الحدائق. (۳)

رابعاً: دعوی اقتضاء مناسبه الحکم والموضوع لنفی ولایه الکافر علی المسلم؛ لأنّ شرف الإسلام وعزته مقتض بل عله تامّه؛ لأن لا یجعل فی أحکامه وشرائعه ما یوجب ذلّ المسلم وهوانه، وقد قال الله تعالی: (وَ لِلّهِ الْعِزَّهُ وَ لِرَسُولِهِ وَ لِلْمُؤْمِنِینَ وَ لکِنَّ الْمُنافِقِینَ لا یَعْلَمُونَ) ۵ ، فکیف یمکن أن یشرع الله أحکاما توجب علو الکافر علی المسلم، فیکون الکفار هم الأعزه مع أنّه تبارک وتعالی حصر العزه به وبرسوله وبالمؤمنین.

فالفقیه یقطع بعد التأمل فی ذلک بعدم إمکان جعل مثل هذا الحکم الذی یکون سبباً لهوان المسلم وذلّه بالنسبه إلی الکافر الذی لا احترام له وهو کالأنعام بل أضل سبیلاً. (۴)

ویلاحظ علیه:

۱- (۲) . مستمسک العروه الوثقی: ۴۸۳/۱۴.

۲- (۳) . مسالک الأفهام: ۱۶۶/۷.

۳- (۴) . الحدائق الناظره: ۲۶۷/۲۳.

۴- (۶) . محمد حسین، البجنوردی، القواعد الفقهیه: ۱۶۲/۱.

عدم صحّه هذا البيان على اطلاقه لا سيما فيما نحن فيه، فإن ولايه الأب على ولده ورعايته لشؤونه والقيام بما تقتضيه مصلحته لا يعدّ هواناً وذلّه على الولد الذى ألزمه الشارع الأقدس بإحترام أبيه ومعاشرته بالمعروف وإن كان كافراً.

وبالجمله إذا كانت مناسبه الحكم والموضوع المستدل بها قائمه على أساس أنَّ فى ولايه الكافر على المسلم ذلّاً وهواناً، فلا شموليه لهذا الدليل لأنه دائر مدار تحقق الذل والهوان.وقد تسالم الفقهاء على أن عمل المسلم أجيراً عند الكافر لا إشكال فيه فى نفسه، وكذلك اقتراضه منه وما شاكل. (۱)

خامساً: ما أفاده السيّد الخوئى قدس سره من انصراف أدلّه الولايه عن الكافر؛ لأنّ المتفاهم العرفى منها جعل الولايه للشخص من جهه احترامه وأداء حقوقه، فلا تشمل الكافر الذى يجب عدم موادته والابتعاد عنه، وهذا لايتّسق مع الولايه على المسلم. (۲)

ويردّ عليه:

إنَّ احترام الآباء والأجداد قد نقول به وإن لم تثبت ولايه للكافر؛ إذ لا ملازمه بين الاحترام والولايه ولاترتب بينهما من قبيل ترتب الحكم على موضوعه، فسواء ثبتت الولايه فى موردنا أم لم تثبت يكون حكم احترام الأب والجدّ، وإن كان كافراً على حاله فلا تضاد بين عدم الولايه والاحترام.

سادساً: ما أفاده السيّد الخوئى قدس سره أيضاً من التمسك بقاعده الالزام، بدعوى إن الكفار لا يلتزمون بجواز إنكاح الصغيره مطلقاً، كما لا يلتزمون بالولايه على بناتهم الأبكار، وتوقف نكاحهن على إذنهم، فمقتضى قاعده ألزموهم بما ألزموا به أنفسهم تقتضى سقوط ولايتهم، والالتزام بصحّه نكاح الباكر من غير إذنهم. (۳)

۱- (۱) . المؤيد، كتاب النكاح: ۴۴۸/۱.

۲- (۲) . موسوعه الإمام الخوئى: ۲۵۴/۳۳.

۳- (۳) . مستند العروه الوثقى: ۳۱۲/۲.

ویلاحظ علیه:

إنَّ قاعـده الإلزام متوقفه علی وضوح عـدم ثبوت ولایه لهم علی الصِّغار فی النکاح وعلی الأبکار الرشـیدات، وهو أمر غیر معلوم عند جمیع الکفار خصوصاً فی نکاح الصغیره. (۱)

وأمّا أهل السنه استدلوا بما یلی:

أولًا: من القرآن

بالإضافه الآیات المتقدّمه التی استدلّ بها الإمامیّه استدلوا بقوله تعالی: (ما لَکُمْ مِنْ وَلایَتِهِمْ مِنْ شَیْ ءٍ) . (۲)

قالوا: علی أنَّ هذه الآیه وإن کانت لیست فی الکافرین، بل هی فی المؤمنین لبیان الموالاه بین من أسـلم ولم یهاجر، ومن هم فی دار الإسلام، إلّا أنَّ بعضهم - کمالک - قد استدلَّ بها علی منع الموالاه بین المؤمنین والکافرین من باب أولی. (۳)

ثانیاً: من السنه

زواج النبی صلی الله علیه و آله أمّ حبیبه، ابنه أبی سفیان من غیر ولایه أبیها.

قال الشافعی:

ولا یکون الکافر ولیّاً لمسـلمه وإن کانت بنته، قد زوّج ابن سـعید بن العاص النبی صلی الله علیه و آله أمّ حبیبه، وأبو سفیان حیّ؛ لأنّها کانت مسـلمه وابن سـعید مسـلم، لا أعلم مسلماً أقرب بها منه، ولم یکن لأبی سفیان فیها ولایه؛ لأنّ الله تبارک وتعالی قطع الموالاه بین المسلمین والمشرکین والمواریث والعقل وغیر ذلک. (۴)

۱- (۱) . انظر: المصدر السابق.

۲- (۲) . الأنفال: ۷۲.

۳- (۳) . انظر: المدوّنه: ۱۵۰/۲.

۴- (۴) . الأم: ۱۵/۵.

ثالثاً: من المعقول

فولايه الكافر على المسلمه ممنوعه قياساً على منع التوارث بينهما. (۱)

الرَّاجِح

والذى يظهر لى من بعد هذا أنّ العمده فى الاستدلال هو الإجماع وتسالم الأصحاب عليه.

و يمكن الاستدلال – بالإضافه إلى الإجماع – بما يلى:

إنّ الولايه التى جعلها الله سبحانه وتعالى على الصغير أو الصغيره أو المجنون والمجنونه أو البنت الباكر أو السفيه أو السفيهه إنّما هى من أجل مصلحه المولَّى عليه وعدم إيقاعه فى مفسده ما، وبما أنَّ ولايه الكافر على المسلم هو عين المفسده لما فيه توجه الكفار إلى غير ما يتوجّه إليه المسلم فى حياته الاجتماعيّه والدينيّه وغيرها، فتكون أدلّه الولايه منصرفه عن ولايه الكافر على المسلم، وهذا الانصراف للأَدلّه هو المقبول عرفاً.

ولأنَّ الحكمه المقتضيه لجعل الوليّ، حيث أنّه لأجل حفظ مصلحه المسلم التى غالباً تكون مرتبطه بالإسلام والكافر لا يلتزم بذلك، بل يعارضه.

وعليه، فلا يزوّج الأب الكافر ابنته المسلمه ولا ابنه الصغير المسلم؛ لأنّه لا ولايه للكافر على نفس المسلم.

ثم إذا سقطت ولايه الأب الكافر على ولده المسلم، فتكون حينئذ للجدّ إن كان مسلماً؛ لأنّ ولايته لم تسقط بسقوط ولايه الأب أمّا إذا كان الجدّ كافراً فالولايه للحاكم الشرعى.

۱– (۱) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۲۲۳/۴.

ولایه الکافر علی ولده الکافر

ولو کان الابن کافراً، فهل لأبیه الکافر الولایه علیه أم لا؟

اختلف الفقهاء من الإمامیّه فی هذه المسأله فذهب العلّامه إلی الولایه، حیث قال:

ولا تسلب ولایته عن الکافر (۱) والیزدی: والأقوی ثبوت ولایته علی ولده الکافر. (۲)

ولکن مقتضی إطلاق ما فی قوله: إذا کان الولیّ کافراً، فلا ولایه له (۳)، انتفاء ولایه الکافر حتّی علی الولد الکافر.

ونحوه فی التحریر (۴)، انتفاء ولایه الکافر.

أمّا عند فقهاء الجمهور من أهل السنه قالوا: وأمّا ولایه الکافر علی الکافره فهذا لایخلو من أن یکون الکافر أصلیاً أو مرتداً، فإن کان مرتدّاً، فلا ولایه له علی أحد، ولو علی مرتدّه مثله؛ لأنّه محکوم علیه بالقتل.

وأمّا إن کان أصلیّاً فله الولایه علی قریبته الکافره، وهی کلّ من یربطه بها سبب من أسباب الولایه المعروفه فی نکاح المسلمین من نسب، أوسلطان أو نحوها. (۵)

واستدلّ القائل بثبوت الولایه علی الولد الکافر بعموم أدلّه الولایه علی الولد المسلم، ولیس فیها ما یقتضی انتفاء ولایته مطلقاً.

وأمّا من استدل (۶) بعموم قوله تعالی: (وَ الَّذِینَ کَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِیاءُ بَعْضٍ) ۷ ، فلیس

۱- (۱) . قواعد الأحکام: ۱۳/۳.

۲- (۲) . العروه الوثقی: ۸۶۹/۲.

۳- (۳) . شرائع الإسلام: ۵۰۴/۲.

۴- (۴) . تحریر الأحکام: ۶/۲.

۵- (۵) . انظر: بدائع الصنائع: ۱۳۴۷/۳؛ روضه الطالبین: ۶۷/۷؛ مغنی المحتاج: ۱۵۶/۳.

۶- (۶) . انظر للامامیه: جواهر الکلام: ۲۰۷/۲۹؛ وللسنه: بدائع الصنائع: ۱۳۴۷/۳؛ مغنی المحتاج: ۱۵۶/۳.

صحیحاً؛ إذ لم یثبت إراده ما نحن بصدده من الولایه، بل یحتمل علی الأقل إراده الموده أو النصره. (1)

سادساً: اشتراط العداله فی ولی النکاح

اشاره

وهل تعتبر العداله فی ولی النکاح أم لا؟

المشهور عند الإمامیّه هو عدم اشتراط العداله فی ولایه الأب والجدّ.

قال السیّد المجاهد قدس سره عند التعرّض لکون المسأله ذات قولین ما لفظه:

یظهر من إطلاق النافع والشرائع، والتبصره والإرشاد والتذکره، والدروس واللمعه وکنز العرفان والمسالک والروضه والکفایه: الثانی، أی: عدم اعتبار العداله. (2)

بل صرّح الکرکی:

أنّ الذی یقتضیه النظر أن ولایته ثابته بمقتضی النصّ والإجماع، واشتراط العداله فیه لا دلیل علیه.

وقال الشهید الثانی:

لا یشترط عداله الولیّ وهو الأب والجدّ فی النکاح، فلهما أن یزوجا الولد وإن کانا فاسقین. (3)

وقال السبزواری:

أن أکثر العبارات خالیه من اشتراط العداله فی الأب والجدّ والأصل یقتض عدم الاشتراط. (4)

بل المحکی الإجماع المدّعی کما نقله العاملی:

الفسق لا یسلب ولایه النکاح عند علمائنا، فللفاسق أن یزوّج ابنته

1- (1) . انظر: مستمسک العروه الوثقی: 484/14.

2- (2) . المناهل :105.

3- (3) . مسالک الأفهام: 269/5؛جامع المقاصد: 276/11.

4- (4) . کفایه الأحکام: 589/1.

الصالحه البالغه بإذنها، والصغيره والمجنونه مطلقاً. (١)

ولكن الإنصاف هناك من خالف حيث اشترط العداله، كما فى الوسيله وفى الإيضاح:

أنّ الأصحّ أنّه لا ولايه للأب أو الجدّ ما دام فاسقاً. (٢)

وأمّا عند أهل السنه فى ولايه الفاسق

فيمكن حصرها فى ما يلى:

أوّلاً: أنّه لا ولايه لفاسق فى النكاح مطلقاً.

وهذا هو المعتمد فى مذهب الشافعيه (٣)، وإحدى الروايتين عن أحمد، وعليها المذهب. (۴)

ثانياً: صحّه ولايته فى النكاح، وهذا مذهب الحنفيه والمالكيه، وإحدى الروايتين عن أحمد، وقول للشافعيّه قيل: إنَّ الفتوى عليه عند أكثر المتأخِّرين. (۵)

إلّا أنّ المشهور من مذهب المالكيه أنَّ عدم الفسق شرط كمال، وهل المراد به عندهم تقديم العدل الأبعد على الفاسق الأقرب؟ أو تقديم العدل على الفاسق المساوى له فى الرتبه؟ ظاهر كلام شراح المختصر أنّ المراد الثانى. (۶)

ثالثاً: أنّه إن كان الفاسق لو سلب الولايه لانتقلت منه إلى حاكم فاسق صحت ولايته، وإلّا فلا.

وبهذا أفتى الغزالى من الشافعيّه، وقال: ولا سبيل إلى الفتوى بغيره؛ إذ قد عم

١- (١) . مفتاح الكرامه: ٢۵٧/۵؛راجع: تذكره الفقهاء: ۵٩٩/٢.

٢- (٢) . إيضاح الفوائد: ۶٢٨/٢.

٣- (٣) . انظر: مغنى المحتاج: ١۵۵/٣؛ روضه الطالبين: ۶۴/٧.

۴- (۴) . انظر: المغنى: ٣۵٧/٧؛ الإنصاف: ٧٣/٨ و ٧۴.

۵- (۵) . انظر للحنفيه: بدائع الصنائع: ١٣۴٨/٣؛ فتح القدير: ٢٨۵/٣؛ وللمالكيه: الدردير، الشرح الكبير: ٢٣٠/٢؛ وللشافعيه والحنابله: المصادر السابقه.

۶- (۶) . انظر: المصادر السابقه للمالكيه.

الفسق البلاد والعباد. وقال النووى: وهذا الذى قاله حسن وينبغى أن يكون العمل به. (۱)

رابعاً: أنّه يلى إن كان مجبراً، وهذا قول للشافعيه، والمقصود بالمجبر عندهم الأب والجدّ فيما لهما إجباره، كالصغيره والبكر.

خامساً: أنّه يلى إن لم يكن مجبراً، عكس الأوّل، وهو قول لهم أيضاً.

سادساً: أنّه يلى إن كان فسقه بغير شرب الخمر، وهو قول لهم أيضاً.

سابعاً: أنّه يلى إن كان متستّراً غير معلن بفسقه، وهو قول لهم أيضاً. (۲)

الأدلّه

أ) أدلّه القول بعدم ولايه الفاسق

من الإماميّه

استدلّ له بوجوه:

الأوّل: أنّه ولايه على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمه الصانع جعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته عن الغير مع نصّ القرآن على خلافه. (۳)

وفيه:

إنّ المنافى للحكمه جعل من لا يبالى بالخيانه ولياً مطلقاً، فإذا فرضنا تحديد الولايه بالنكاح الذى لا مفسده فيه لا منافاه هناك، مع أنّ الأب مأمون من ذلك بملاحظه شفقته ورأفته. (۴)

۱- (۱) . انظر: مغنى المحتاج: ۱۵۵/۳؛ روضه الطالبين: ۶۴/۷.

۲- (۲) . انظر: كلّ هذه الأقوال: روضه الطالبين: ۶۴/۷.

۳- (۳) . إيضاح الفوائد: ۶۲۸/۲.

۴- (۴) . فقه الصادق: ۱۴۴/۲۱.

الثانی: قوله تعالی: (وَ لا تَرْكَنُوا إِلَی الَّذِینَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النّارُ وَ ما لَكُمْ مِنْ دُونِ اللّهِ مِنْ أَوْلِیاءَ ثُمَّ لا تُنْصَرُونَ) . (۱)

والاستدلال بها بأحد وجهین:

أحدهما: أنّ جعله تعالی الفاسق أمیناً وولیاً ركون منه إلی الظالم، مع أنّه نهی عنه.

ثانیهما: أن العقد مع الأب بعنوان أنّه ولی الطفل ركون إلیه، وهو منهی عنه. (۲)

وأورد علیهما بما یلی:

أمّا الأوّل: فلأنّ مجرد جعله أمیناً وولیاً كجعل الشخص وكیلًا لیس ركوناً إلیه، مع أنّ الملاک غیر معلوم، ولعل لركون العبد مفسده لیست فی ركون المولی.

وأمّا الثانی: فلأنَّ العقد مع الأب بعنوان أن الله تعالی جعله ولیاً لیس ركوناً من العبد إلیه، فإنّه كالعقد معه بما أنّه مالک أو وكیل، مع أن الظالم أخصّ من الفاسق، أضف إلی ذلک ما قیل من ورود الآیه فی سلاطین الجور، وأن المراد بالركون الداء لهم بالبقاء. (۳)

الثالث: قوله تعالی: (یا أَیُّهَا الَّذِینَ آمَنُوا إِنْ جاءَكُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَیَّنُوا أَنْ تُصِیبُوا قَوْماً بِجَهالَهٍ فَتُصْبِحُوا عَلی ما فَعَلْتُمْ نادِمِینَ) . (۴)

والاستدلال بها: أنَّ الشارع لمَّا لم یعتمد علی خبر الفاسق لا یعتمد علی عمله بطریق أولی. (۵)

وفیه: أنَّ قبول إخبار الفاسق حینئذ وإقراره إنَّما یكون من جهه كونه ولیاً، حیث أنّه

۱- (۱) . هود: ۱۱۳.

۲- (۲) . انظر: فقه الصادق: ۱۴۵/۲۱ و ۱۴۶.

۳- (۳) . فقه الصادق: ۱۴۵/۲۱.

۴- (۴) . الحجرات: ۶.

۵- (۵) . الشیرازی، كتاب البیع: ۲۱۷/۴.

من ملک شـیئا ملک الإقرار به، ولا ینافی مع عدم قبوله إلی غیره من حیث هو، والآیه متضـمنه للثانی، مع أن عدم قبول أخباره لا ینافی ثبوت الولایه، مع أن قبول أخباره بعـد ثبوت الولایه بما أنّه بلسان أنّه لأبیه غیر قبول إخباره عن غیره، بل هو فی حکم قبول إقراره عن نفسه. (۱)

من أهل السنه

استدل القائلون منهم بعدم ولایه الفاسق بما یلی:

أوّلًا: حدیث ابن عبّاس: «لا نکاح إلا بولیٍّ مرشد وشاهدی عدل». رواه الدارقطنی والبیهقی وغیرهما. (۲)

وفی لفظ للدارقطنی والبیهقی:

لا نکاح إلا بولیٍّ مرشد وشاهدی عدل، وأیّما امرأه أنکحها ولیّ مسخوط علیه فنکاحها باطل.

وفی لفظ ثالث للبیهقی:

لا نکاح إلا بولی أو سلطان، فإن أنکحها سفیه أو مسخوط علیه فلا نکاح له.

وقد نقل عن الشافعی قوله: والمراد بالمرشد فی الحدیث العدل. (۳) أی: أنَّ الفاسق غیر رشید.

وقد نوقش هذا الحدیث من جهه إسناده ودلالته علی هذا.

فأمّا الإسناد فالصحیح فیه أنّه موقوف علی ابن عبّاس، کما رواه البیهقی من طریق الشافعی وغیره (۴)، وأمّا المرفوع فضعیف، کما قاله الدارقطنی والبیهقی وغیرهما. (۵)

۱- (۱) . فقه الصادق: ۱۴۵/۲۱.

۲- (۲) . تخریجه: سنن الدارقطنی: ۲۲۱/۳ - ۲۲۲؛ السنن الکبری: ۱۱۲/۷، آخر باب لا نکاح إلّا بولی، عن طریق الشافعی موقوفاً علی ابن عباس: ۱۲۴/۷، باب لا نکاح إلّا بولیّ مرشد من طرق مرفوعاً وموقوفاً.

۳- (۳) . انظر: مغنی المحتاج: ۱۵۵/۳.

۴- (۴) . انظر: سنن البیهقی: ۱۱۲/۷.

۵- (۵) . انظر: سنن الدارقطنی: ۲۲۲/۳؛ سنن البیهقی: ۱۲۴/۷.

وأمّا عدم دلالته على اشتراط العداله سواء أكان مرفوعاً أم موقوفاً، فلاحتمال أن يكون المراد به غير العاقل. (۱)

ثانياً: ما رواه أبو بكر البرقانی بإسناده إلی جابر بن عبد الله الأنصاری قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«لا نکاح إلّا بولی مرشد وشاهدی عدل.»

کذا فی المغنی لابن قدامه وغیره من کتب الحنابله (۲)، ولم أقف له علی تخریج، فإن صحّ، فهو شاهد لما سبق عن ابن عبّاس.

ثالثاً: ولأنَّ الفسق عیب قادح فی الشهاده فکذلک الولایه. (۳)

رابعاً: ولأنَّ ولایه النکاح ولایه نظر، فلا تثبت لفاسق، کولایه المال. (۴)

ب) أدلّه القول بصحّه ولایه الفاسق

من الإمامیّه

ویمکن أن یستدل لعدم اعتبارالعداله بوجهین غیر الإجماع.

أحدهما: الأصل.

ویحتمل فی ما یراد بالأصل هنا وجهان:

الأوّل: الأصل اللفظی، وهو اطلاق الأدلّه الإجتهادیه، إمّا ما دلّ علی الأمر بالوفاء بالعقود، فإن اطلاقها ینفی دخل العداله فی ترتب الأثر.

وأمّا ما دلّ علی النصوص من ولایه الأب والجدّ من دون تقییدها بالعداله وعلی کلّ من تقریری أصاله إلاطلاق یکون عطف (الإطلاقات) علی (الأصل)

۱- (۱) . انظر: بدائع الصنائع: ۱۳۴۹/۳.

۲- (۲) . المغنی: ۳۵۷/۷؛ المبدع: ۳۵/۷.

۳- (۳) . انظر: مغنی المحتاج: ۱۵۵/۳؛ بدائع الصنائع: ۱۳۴۸/۳.

۴- (۴) . انظر: المغنی: ۳۵۷/۷؛ المبدع: ۳۵/۷.

تفسيرياً وهو مقتضى حكومه الدليل الاجتهادى على الأصل العملى حتّى مع وحده المفاد.

الثانى: الأصل العملى، وأعنى به: استصحاب عدم الاشتراط، أو البراءه من شرطيه العداله.

وهذا الاحتمال مغايره المعطوف للمعطوف عليه، ومن هذا المنطلق يكون الغرض الإشاره إلى دليلين أحدهما الأصل العملى، والآخر الاطلاق اللفظى.

وقد تمسک به الشيخ الانصارى قدس سره فى مقابل الإطلاق، وعليه فليس المراد به القاعده المستفاده منه كما توهم، بل المراد به الأصل العملى، ولذا أورد عليه جمع من المتأخرين عنه - منهم المحقّق النائينى قدس سره بأنّ الأصل بالعكس؛ لأنّ نفوذ نكاح شخص على أخر يتوقف على دليل، ومع عدمه فالأصل يقتضى عدم نفوذه.

ولكن يبدوا أنّ الظاهر من مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع، وذلک بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء، وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس عنه، فلا إيراد عليه. (۱)

ثانيهما: إطلاق النصوص المتقدمه الدالّه على ولايه الأب، لعدم التفصيل فيها بين كون المتصرّف عادلاً أو فاسقاً، خصوصاً مع توفر الدواعى لبيان الاشتراط، لو كانت العداله معتبره شرعاً فى نفوذ التصرف، فلاحظ قول أبى عبد الله الصادق عليه السلام فى روايه محمّد بن مسلم الوارده فى تصرف الوصى فى مال اليتيم:

«من أجل أنّ أباه قد أذن له فى ذلک، وهو حى».

حيث إنَّ إذن الأب تمام الموضوع لنفوذ تصرّف الوصى بلا دخل قيد العداله فيه. (۲)

ص:۲۳۶

۱- (۱) . انظر: فقه الصادق: ۱۴۵/۲۱.

۲- (۲) . المروج الجزائرى، هدى الطالب فى شرح المكاسب: ۸۴/۶.

من أهل السنه

استدلوا بما يلی:

أوّلاً: عموم قوله تعالی: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِيمٌ) ١ ، وهذا خطاب للأولياء بدون فرق بين عدل وفاسق. (١)

ثانياً: أنَّ الفسقه لم يمنعوا من التزويج فی العصور المفضله، ولا فيما بعدها. (٢)

بل قد يدّعی الإجماع علی ذلک كما قال الكاسانی:

ولنا إجماع الأمّه أيضاً، فإن الناس عن آخرهم عامّهم وخاصّهم من لدن رسول الله صلی الله عليه و آله إلی يومنا هذا يزوّجون بناتهم من غير نكير من أحد. (٣)

ثالثاً: ولأنّ الفاسق يلی نكاح نفسه، فثبت له الولايه علی غيره كالعدل. (۴)

وردَّ بالفرق بين تزويجه نفسه وولايته علی غيره، فإنَّ غايه ما فی تزويجه نفسه أن يضرَّ بها، ويحتمل فی حقّ نفسه ما لا يحتمل فی حقّ غيره، ولهذا يقبل إقراره علی نفسه ولا تقبل شهادته لها. (۵)

رابعاً: ولأنَّ سبب الولايه القرابه، وشرطها النظر، والفاسق قريب ناظر، والفسق لا يقدح فی تحصيل النظر، ولا فی الداعی إليه وهو الشفقه. (۶)

١- (٢) . انظر: بدائع الصنائع: ١٣۴٨/٣.

٢- (٣) . مغنی المحتاج: ١۵۵/٣.

٣- (۴) . بدائع الصنائع: ١٣۴٨/٣.

۴- (۵) . انظر: المغنی: ٣۵٧/٧؛ المبدع: ٣۵/٧.

۵- (۶) . انظر: مغنی المحتاج: ١۵۵/٣.

۶- (٧) . انظر: المغنی: ٣۵٧/٧؛ بدائع الصنائع: ١٣۴٨/٣.

الرَّاجِح

وبتأمل الأقوال السابقه يتضح أنَّ أقوى ما يمكن أن يوجّه به المنع من ولايه الفاسق هو الاحتياط للدين والعرض، وأقوى ما يمكن أن يوجّه به الجواز هو الحاجه إلى ولايتهم، خاصّه إذا عم الابتلاء بكثره الفسّاق، وبناء على هذا يبدو لى أنَّ أولى تلك الأقوال بالرجحان هو قول المشهور للإماميّه وذلك لما يلى:

أوّلًا: أنَّ الأصل فى عقود الأولياء الصحّه، ما لم يقم دليل على بطلانها، وما تقدم من الأدلّه غير ناهض على المدَّعى.

ثانياً: السيره القطعيّه المستمرّه من زمان النبى صلى الله عليه و آله إلى زماننا هذا على عدم التفتيش عن سلوك الأولياء ومنعهم عن التصرّف فى شؤون المولَّى عليه، وجعلهم بمنزله الأجنبى حتّى تثبت عدالتهم، بل لم يعهد إلى الآن عزل الولىّ عن النكاح لفسقه.

ثالثاً: الحاجه والضروره إلى تفويض أنكحه النساء إلى أوليائهنَّ وإن كانوا فسَّاقاً، لما فى منعهم من الضيق والحرج على الناس ما يترتَّب على ذلك من المفاسد والخصومات، بسبب أنفه الأولياء الفسَّاق عن التنازل عن حقّهم فى ولايه أنكحه نسائهم.

سابعاً: اشتراط كون الولى غير محرم بحجّ أو عمره أو بهما معاً

ومعنى هذا الشرط: أنّه لا يصحّ للولىِّ تزويج مَوِليَّته ما دام محرماً بحجٍّ، أو عمره، أو بهما معاً، وليس معناه أنَّ إحرام الولى سالب لحقّه فى الولايه، كما هو الشأن فى سائر ما تقدَّم من الشروط.

وفى عدّ هذا من جمله شروط ولىِّ النكاح تسامح؛ لأنّ الإحرام لا يخرج الولىَّ عن كونه وليًّاً على الصحيح، وإنّما هو مبنىّ على عدم صحّه نكاح المحرم مطلقاً،

سواء أكان ناكحاً أم منكِحاً؟ رجلًا أم امرأه؟ ولياً أم وكيلًا؟ وللفقهاء فی هذه المسأله مذهبان:

المذهب الأوّل: أنّه لا یصح للمحرم أن یعقد النكاح لنفسه ولا لغیره، ولا أن یعقد له مطلقاً.

وهذا هو مذهب الإمامیّه قال السیّد الحكیم:

بلا خلاف ولا اشكال فیه، فإن المحرم لا یصح العقد منه له ولا لغیره. (۱)

وقال العلامه الحلی:

لا یجوز للمحرم أن یكون ولیاً ولا وكیلًا فی العقد لا للمحلّ ولا للمحرم. (۲)

والجمهور من السنه منهم مالك والشافعی وأحمد.

قال ابن قدامه:

روی ذلك عن عمر وابنه وزید بن ثابت، وبه قال سعید بن المسیّب وسلیمان بن یسار والزهری والأوزاعی ومالك والشافعی. (۳)

المـذهب الثـانی: أنّ الإـحرام لاـ یمنع النكـاح مطلقاً، أی عكس الأول، وإلیه ذهب أبو حنیفه وأصـحابه والثوری وغیرهم، وقالوا: علی أنّه هو المرویّ عن ابن عبّاس.

قال ابن حزم:

اختلف السـلف فی هـذا: فأجـاز نكـاح المحرم طـائفه، صـحّ ذلـك عن ابن عبـاس، وروی عن ابن مسـعود ومعـاذ، وقال به عطاء والقاسم بن محمّد بن أبی بكر، وعكرمه وإبراهیم النخعی، وبه یقول أبو حنیفه وسفیان... . (۴)

۱- (۱) . مستمسك العروه الوثقی: ۴۸۴/۱۴.
۲- (۲) . منتهی المطلب: ۸۰۹/۲.
۳- (۳) . المغنی: ۳۱۱/۳ و ۳۱۲. وانظرمن كتب المـذاهب المصـادر التـالیه: للمالكیه: بـدایه المجتهـد: ۲۴۲/۱. للشـافعیه: مغنی المحتاج: ۱۵۶ و ۱۵۷، روضه الطالبیین: ۶۷/۷. وللحنابله: كشف القناع: ۴۴۱/۲. وانظر للظاهریه: المحلّی: ۲۰۱/۷ - ۱۹۷.
۴- (۴) . المحلّی: ۱۹۸/۷.

الأدلّه

أ) أدلّه من منع المحرم من عقد النكاح

استدلّ جمهورالسنه بما روی عن النبی صلی الله علیه و آله قال:

«لا ینکح المحرم ولا ینکح ولا یخطب». (۱)

ولهذا الحدیث شواهد منها:

۱. ما رواه مالک فی الموطأ عن نافع أنّ عبد الله بن عمر کان یقول: لایَنکِح المحرم ولا یخطب علی نفسه ولا علی غیره.

وبنحوه هذا رواه أیضاً أحمد والبیهقی من طرق عن بن عمر موقوفاً علیه. (۲)

۲. ما رواه أبان بن عثمان عن أنس بن مالک قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«لا یتزوّج المحرم ولا یزوِّج».

رواه الدارقطنی. (۳)

۳. مـا رواه مالک عن داود بن الحصـین: أنّ أبا غطفان المرّی أخبره أنّ أباه طریفاً تزوّج امرأه، وهو محرم فرد عمر نکاحه، ورواه الدارقطنی عن یحیی بن سعید عن داود بن الحصین. (۴)

۴. وعن الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام قال: «من تزوَّج، وهو محرم نزعنا منه امرأته».

وفی لفظ أخر: قال: «لا یَنکح المحرم فإن نکح ردّ نکاحه»، رواهما البیهقی. (۵)

۱- (۱) . سنن الترمذی: ۵۷۸/۳ و ۵۷۹؛ سنن ابن ماجه: ۶۳۲/۱.

۲- (۲) . تخریجه: ۱. ترتیب المسند: ۲۲۷/۱۱؛ ۲. سنن البیهقی: ۶۵/۵.

۳- (۳) . سنن الدارقطنی: ۲۶۱/۳.

۴- (۴) . المصدر السابق.

۵- (۵) . سنن البیهقی: ۶۶/۵.

۵. وروی البیهقی بإسناده أنّ مولی لزید بن ثابت تزوّج، وهو محرم، ففرق بینهما زید بن ثابت. (۱)

فالحدیث الأوّل، وهذه الشواهد، فیها الدلیل الواضح، علی أنّه لیس للمحرم أن یعقد النکاح، ولا أن یعقد له، ولا أن یخطب أیضاً، وعلی هذا جری عمل التابعین بعد الصحابه، فقد روی البیهقی بإسناده إلی سعید بن المسیب أنّ رجلاً تزوّج وهو محرم فأجمع أهل المدینه علی أن یفرق بینهما.

من الإمامیّه

استدلّوا بصحیح ابن سنان، عن أبی عبد الله علیه السلام قال:

«لیس للمحرم أن یتزوّج ولا یزوّج، وإن تزوّج أو زوّج محلّا فتزویجه باطل». (۲)

فهی کذلک واضحه الدلاله علی أنّه لیس للمحرم أن یعقد النکاح لنفسه، ولا لغیره، وإن تزوّج أو زوّج فتزویجه باطل بدلیل ما أشرنا إلیه.

ب) أدلّه من أجاز نکاح المحرم

وأمّا أدلّه من أجاز للمحرم عقد النکاح، فهو حدیث ابن عبّاس قال: أنّ رسول الله صلی الله علیه و آله تزوج میمونه وهو محرم.

وهذا الحدیث رواه: البخاری ومسلم والترمذی والدارقطنی والبیهقی وغیرهم. (۳)

وفی لفظ لأحمد والنسائی عن ابن عبّاس أیضاً: أنّ النبی صلی الله علیه و آله : تزوّج میمونه بنت الحارث وهما محرمان. (۴)

۱- (۱) . المصدر السابق.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۴۳۶/۱۲.

۳- (۳) . تخریجه: ۱. صحیح البخاری: ۱۶۵/۹؛ ۲. صحیح مسلم: ۱۹۶/۹؛ ۳. عون المعبود، شرح سنن أبی داود: ۲۹۶/۵؛ ۴. سنن الترمذی: ۵۸۱/۳ و ۵۸۲؛ ۵. سنن الدارقطنی: ۲۶۳/۳ و ۲۶۴.

۴- (۴) . شرح سنن النسائی: ۱۹۱/۵ و ۱۹۲.

وهی واضحه الدلاله علی من احتج به من أن الإحرام لم یکن مانعاً للمحرم من التزویج.

واحتجوا من جهه المعقول: بقیاس النّکاح علی شراء الأمه للتّسریّ؛ إذ أنّه عقد کسائر العقود التی یتلفظ بها، ولا یمنع شیء منها بسبب الإحرام. (۱)

وقد أجاب الجمهور عن حدیث ابن عبّاس بأجوبه منها ما یلی:

أوّلاً: أنّ حدیث ابن عباس معارض بما صحّ عن میمونه صاحبه القضیّه، حیث أخبرت عن نفسها أنّ رسول الله صلی الله علیه و آله تزوّجها وهو حلال، وبنی بها وهو حلال، وصاحبه القضیّه أعرف بها، وحدیث میمونه هذا رواه عنها یزید بن الأصمّ - ابن أختها - قال: حدّثتنی میمونه بنت الحارث أنَّ رسول الله صلی الله علیه و آله : «تزوجها وهو حلال»، قال: وکانت خالتی وخاله ابن عبّاس.

هذا لفظ حدیث مسلم، وقد رواه أیضاً أحمد وأبو داود والترمذی وابن ماجه والدارقطنی والبیهقی. (۲)

ثانیاً: إنّ حدیث ابن عبّاس معارض بخبر أبی رافع، وکان هو الرسول بین رسول الله صلی الله علیه و آله ومیمونه، ورسول القضیه أعلم بها.

وخبر أبی رافع هذا رواه: أحمد والترمذی والدارقطنی والبیهقی کلّهم عن طریق حماد بن زید، عن مطر الوراق، عن ربیعه بن أبی عبد الرحمن عن سلیمان بن یسار عن أبی رافع مولی رسول الله صلی الله علیه و آله : أنّ رسول الله صلی الله علیه و آله تزوّج میمونه حلالاً وبنی بها حلالاً، وکنت الرسول بینهما. (۳)

۱- (۱) . انظر: فتح القدیر: ۲۳۳/۳؛ تبیین الحقائق: ۱۱۱/۲.

۲- (۲) . تخریجه: ۱. شرح النووی لصحیح مسلم: ۱۹۶/۹ -۱۹۷؛ ۲. سنن أبی داود: ۲۹۵/۵ المطبوع مع: عون المعبود؛ ۳. تحفه الأحوذی، بشرح جامع الترمذی: ۴/۳ .۵۸۳. سنن ابن ماجه: ۶۳۲/۱؛ ۵. سنن الدارقطنی: ۲۶۲/۳ و ۲۶۳؛ ۶. سنن البیهقی: ۶۶/۵.

۳- (۳) . تخریجه: ۱. تحفه الآحوذی، بشرح جامع الترمذی: ۵۸۰/۳؛ ۲. سنن الدارمی: ۳۶۹/۱؛ ۳. شرح معانی الآثار: ۲۷۰/۲؛ ۴. سنن الدارقطنی: ۲۶۲/۳ - ۲۶۳.

وروایه مالک التی أشار إلیها الترمذی هی فی الموطأ عن سلیمان بن یسار:

أنّ رسول الله صلی الله علیه و آله بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوّجاه میمونه بنت الحارث ورسول الله صلی الله علیه و آله بالمدینه لم یخرج. (۱)

وقال ابن القیّم:

هذا وإن کان ظاهره الإرسال، فهو متّصل؛ لأنَّ سلیمان بن یسار رواه عن أبی رافع: أنَّ رسول الله صلی الله علیه و آله تزوّج میمونه وهو حلال، وبنی بها وهو حلال، وکنت الرسولَ بینهما، وسلیمان بن یسار مولی میمونه، وهذا صریح فی تزوّجها بالوکاله قبل الإحرام. (۲)

ولهذا فقد نقل الزیعلی عن الطحاوی ترجیحه لحدیث أبی رافع علی روایه ابن عبّاس فقال:

قال الطحاوی فی کتابه الناسخ والمنسوخ:

والأخذ بحدیث أبی رافع أولی؛ لأنّه کان السفیر بینهما، وکان مباشراً للحال، وابن عباس کان حاکیاً، ومباشر الحال مقدَّم علی حاکیه، ألا تری عائشه کیف أحالت علی علی حین سئلت عن مسح الخف، وقالت سلوا علیاً؟ فإنّه کان یسافر مع رسول الله صلی الله علیه و آله . (۳)

ثالثاً: إنَّ ابن عبّاس کان إذ ذاک صغیراً، وهذا بخلاف میمونه صاحبه القضیه، وبخلاف أبی رافع أیضاً السفیر فیها، فلم یکن لابن عبّاس من الضبط والعنایه بهذه القضیه فی ذلک العمر، ما لمیمونه وأبی رافع.

ولذلک اشتهر عن سعید بن المسِّیب توهیم ابن عبّاس فی قوله:

إنّ رسول الله صلی الله علیه و آله نکح میمونه وهو محرم.

۱- (۱) . شرح الزرقانی علی الموطأ: ۲۷۲/۲.

۲- (۲) . تهذیب السنن مع عون المعبود: ۲۹۶/۵.

۳- (۳) . نصب الرایه: ۱۷۴/۳.

قال الحافظ:

قال الأثرم قلت لأحمد، إنّ أبا ثور يقول: بأىّ شىء يدفع حديث ابن عبّاس؟ - أى مع صحته - قال: فقال: الله المستعان: إنَّ ابن المسِّيب يقول: وَهِمَ ابن عبّاس، وميمونه تقول تزوّجنى وهو حلال. (۱)

وأمَّا قياس نكاح المحرم على شراء الأمه للتّسرىّ، فهو قياس فى مقابل النصّ، ومثله فاسد الاعتبار، وبهذا يتضح أنّ القول الراجح هو: أنَّ المحرم لا يعقد النكاح لنفسه ولا لغيره، ولا يعقد له أيضاً، ولا فرق بين إحرام الحجّ أو العمره الواجب والمندوب الأصلى أو النيابى.

ص:۲۴۴

۱- (۱) . فتح البارى: ۱۶۵/۹.

المبحث الثانی: شروط إعمال الولایه

رعایه المصلحه وعدم المفسده

عندما یقوم الأب والجدّ فی العقد علی القصّرهل یلحظان مجرّد جانب المصلحه لهم أم یکفی عدم وجود المفسده؟

وقد فرق علماء القدماء من الإمامیّه بین ولایه المال للأب وولایه النکاح له فاکتفوا فی ولایه المال له وجود المصلحه، ولکن فی ولایه النکاح اکتفوا بمجرّد عدم المفسده.

قال النراقی:

لا اشکال فی اشتراط جواز التزویج بانتفاء المفسده له. (۱)

وقال الیزدی:

یشترط فی صحّه تزویج الأب والجدّ ونفوذه عدم المفسده. (۲)

والکلام فی المقام یقع فی ثلاثه أمور:

۱- (۱) . مستند الشیعه: ۱۳۶/۱۶.

۲- (۲) . العروه الوثقی: ۸۶۶/۲.

الأوّل: صحّه النكاح حتّی مع المفسده

ویدلّ علیه إطلاق الأدلّه، فکما إنّ للبالغ أن یزوّج نفسه مع المفسده کذلک أن یزوّج المولَّی علیه. (1)

لکن یرد علیه:

أوّلاً: بانصراف الأدلّه فیما إذا کان هناک مفسده علی المولَّی علیه.

ثانیاً: بحدیث لا ضرر، لأن الزواج فیه الضرر وهو منهی عنه.

ثالثاً: بالأولویه من التصرّف فی المال فإذا کان لا یجوز التصرّف فی مال الطفل الذی یکون فیه المفسده فزواجه مع المفسده أولی. (2)

الثانی: لزوم المصلحه

وإلی هذا ذهب العلّامه قائلاً:

یجب علی الولی حفظ مال الطفل لأن الله تعالی جعله قیّما علیه ناظراً فی مصالحه وتحصیل منافعه ودفع المفاسد عنه. (3)

وقال الشهید الثانی:

یزوجه قدر ما تقتضیه الحاجه مراعیاً للمصلحه. (4)

واستدلّ له بما یلی:

۱. قوله تعالی: (وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلاّ بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ) . (5)

۱- (۱) . موسوعه الفقه: ۴۵/۶۴.

۲- (۲) . المصدر السابق.

۳- (۳) . تذکره الفقهاء: ۶۰۹/۲.

۴- (۴) . جامع المقاصد: ۱۱۱/۱۲.

۵- (۵) . الأنعام: ۱۵۲.

بتقریب أنّه إذا کـان أن الأـحسن مـا فیه المصـلحه، وهی وإن لم تشـمل الأـب لکنهـا تشـمل الجـدّ وتثبت فی الأـب لعـدم القول بالفصل. (۱)

وأورد علی الاستدلال بما یلی:

أوّلًا: أنّه لا یصدق الیتیم علی من له الجدّ.

ثانیاً: إنّ المراد بأحسن الحسن، الفعل الذی لا مفسده فیه.

ثالثاً: إنّ الآیه منصرفه إلی الأجانب، والخطاب فیها لا یشمل الجدّ.

رابعاً: عدم الفصل غیر محرز. (۲)

۲. الإجماع.

بدعوی الإجماع علی اعتبار المصلحه فی التصرّف فی مال الصغیر، فالتصرّف فی عرضه بالنکاح یکون بطریق أولی. (۳)

وأورد علیه:

أنّه لو ثبت ذلک فی التصرّف فی المال لا وجه للتعدّی إلی المقام. (۴)

۳. الأصل.

وهو إن لم یکن لأدلّه الولایه إطلاق لا بدّ من الاقتصار علی المتیقن، وهو الولایه علی التصـرّف الذی فیه المصلحه، والرجوع فی غیر ذلک إلی أصاله عدم ثبوت الولایه، أو عدم نفوذ التصرّف. (۵)

ویرد علیه:

۱- (۱) . انظر: موسوعه الإمام الخوئی: ۳۳۰/۳۳.

۲- (۲) . فقه الصادق: ۱۵۰/۱۶.

۳- (۳) . انظر: موسوعه الفقه: ۴۵/۶۴.

۴- (۴) . المصدر السابق.

۵- (۵) . انظر: نهج الفقاهه:۲۹۵.

أنَّ مقتضـى الإطلاـق عـدم الاعتبـار أضف إليه بنـاء العقلاـء، فـإنّ بنائهم على ثبوت الولايه مع عـدم المفسـده، ولم يردع الشارع الأقدس عنه. (۱)

الثالث: كفايه عدم المفسده

قال السيّد الخوئی معلّقاً علی العروه الوثقی:

يشترط فی صحّه تزويج الأب والجدّ ونفوذه عدم المفسده.

وقال أيضاً:

اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلی أحد. (۲)

وذلک لوضوح أنَّ ولايه الأب والجدّ على الصغير والصغيره لا تكون مطلقه، بل إنّما جعلت لهما لأجل عدم التضرّر بهما.

وقد يستدلّ له بأمور:

الأوّل: معتبره أبی حمزه الثمالی عن أبی جعفر عليه السلام أنَّ رسول الله صلی الله علیه و آله قال لرجل:

«أنت وما لک لأبيک». قال أبو جعفر عليه السـلام : «ما أحبّ أن يأخـذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه إنّ الله لا يحبّ الفساد». (۳)

الاستدلال بها إن تحديد ولايه الأب بعدم المفسده إذا ثبت فی المال ثبت فی العرض بطريق أولی. (۴)

الثانی: معتبره الفضل بن عبد الملک عن أبی جعفر عليه السلام قال:

إن الجدّ إذا زوج ابنه ابنه، وكان أبوها حيّاً، وكان الجدّ مرضياً جاز... . (۵)

بتقريب أنَّ ظاهر التقييد وبملاحظه مناسبه الحكم والموضوع هو اعتبار كونه مرضياً

۱- (۱) . فقه الصادق: ۱۴۴/۲۱.

۲- (۲) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۲۹/۳۳.

۳- (۳) . وسائل الشيعه: ۱۹۵/۱۲، باب۷۸ من أبواب ما يكتسب به، ح۲.

۴- (۴) . المؤيد، كتاب النكاح: ۴۱۱/۱.

۵- (۵) . وسائل الشيعه: ۱۴، باب ۱۱ من أبواب عقد النكاح، ح۴.

بلحاظ تصرّفاته الصادره تجاه البنت، وإلّا فكونه مرضياً بالنسبه إلى سائر تصرفاته أجنبی عن ولایته علی البنت. (۱)

الثالث: معتبره عبید بن زراره المتقدّمه والتی ورد فیها:

«الجدّ أولی بها ما لم یکن مضاراً». (۲)

ومن أجل التقریب الـذهنی لا بـدّ من قول، وهو أنَّ التقییـد بعـدم کونه مضاراً إنّما یدل علی عدم ثبوت الولایه للجدّ إذا کان فی مقام الإضرار بالبنت. (۳)

الرابع: التمسک بدلیل نفی الضرر، فإنّه یقتضی نفی جعل الولایه للأب والجدّ فیما إذا کان فی إنکاحهما لها ضرر علیها، وبذلک تختص ولایتهما علیها، وعلی الصبی بفرض عدم المفسده لا محاله. (۴)

رضا الباکر

لقـد عرفنا أنَّ البکر البالغ لا تنکح إلّا بإذنها وإذن ولیِّها، وبقی أن نعرف فی هذا المبحث ما یحصل به معرفه إذن البکر لولیها فی نکاحها.

وخلاصه الأقوال: فی هذا أنّه یحصل بثلاثه دلائل علی الأذن والرضی وهی:

۱. صریح کلامها.

۲. سکوتها، وإن لم یقترن به ما یدل علی سخط أو کراهه.

۳. ما له حکم السکوت دلاله علی الرضی.

وإلیک بیان ذلک بالتفصیل:

۱- (۱) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۲۹/۳۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۱۴، باب ۱۱ من أبواب عقد النکاح، ح۲.

۳- (۳) . موسوعه الإمام الخوئی: ۲۲۹/۳۳.

۴- (۴) . المصدر السابق.

أوّلاً: إذن البكر بصريح كلامها

إنَّ تعبير البكر عن رضاها وإذنها لوليّها فى إنكاحها بصريح كلامها هو أقوى الوسائل لمعرفه رضاها؛ إذ أنَّ التعبير باللسان هو أبلغ وسائل التعبير لمعرفه رضاها، وهو أبلغ وسائل التعبير عمّا فى النفس، وهوالأصل فى الدلاله على مرادها، والقول أبلغ دلاله من الفعل، ولم يخالف فى هذا من المذاهب الإسلاميّه إلّا ابن حزم الظاهرى، فهو يرى أنَّ إذن البكر لا يكون إلّا بسكوتها، فإن سكتت بعد استئذانها فقد رضيت وأذنت ولزمها إنكاح وليّها لها، وإن تكلمت بالرضى أو بالمنع أو غير ذلك، فلا يعقد عليها. (١)

واستدلّ ابن حزم لِما ذهب إليه بظاهر الأحاديث التى فرّقت بين صفه إذن البكر، وإذن الثيب، فجعلت النطق للثيب، والسكوت للبكر.

ومن تلك الأحاديث:

١. حديث ابن عبّاس أنَّ رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

«الأيِّم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها... ».

وفى لفظ: «الثيب أحق بنفسها». (٢)

٢. حديث أبى هريره أنّ النبى صلى الله عليه و آله قال:

«لا تنكح الأيِّم حتّى تستأمر، ولا البكر حتّى تستأذن». قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». (٣)

وقد حمل ابن حزم على من خالف مذهبه هذا ممّن قال: بصحّه رضى البكر

١- (١) . انظر: المحلّى: ٤٧١/٩.

٢- (٢) . تخريجه: ١. شرح الزرقانى على الموطأ: ١٢٦/٣؛ ٢. شرح النووى لصحيح مسلم: ٢٠٤/٩ و ٢٠٥؛ ٣. عون المعبود، شرح سنن أبى داود: ٤/٦. ١٢٤. تحفه الاحوذى، بشرح جامع الترمذى: ٥/٤. ٢٤٤. سنن ابن ماجه: ٦٠١/١.

٣- (٣) . سنن البيهقى: ١١٩/٧، سنن ابن ماجه: ٦٠١/١ و ٦٠٢.

بصريح القول، فقال - بعد أن ذكر الحديثين السابقين:

ذهب قوم من الخوالف إلى أنّ البكر إن تكلّمت بالرِّضى، فإنّ النكاح يصحّ بذلك خلافاً على رسول الله صلى الله عليه و آله وعلى الصحابه، فسبحان الذى أوهمهم أنَّهم أصحّ أذهاناً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله وأوقع فى نفوسهم أنّهم وقفوا على فهم وبيان غاب عن رسول الله صلى الله عليه و آله ، نعوذ بالله عن مثل هذا.

فأمّا رسول الله صلى الله عليه و آله فإنّه أبطل النكاح عن البكر ما لم تستأذن فتسكت، وأجازه إذا استؤذنت فسكتت، بقوله صلى الله عليه و آله «لا تنكح البكر حتّى تستأذن وإذنها صماتها».

وأمّا الصحابه فإنّهم - كما أوردنا فى الخبر آنفاً. لم يعرفوا ما إذن البكر حتّى سألوا رسول الله صلى الله عليه و آله عنه، وإلا فكان سؤالهم عند هؤلاء فضولاً، وحاش لهم من ذلك، فتنبه هؤلاء لما لم يتنّبه له أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله ولا نبّه عنه صلى الله عليه و آله وهذا كما ترون، وما علمنا أحداً من السلف روى عنه أنّ كلام البكر يكون رضى، وقد روينا عن عمر بن الخطّاب وعلى بن أبى طالب عليه السلام وغيرهما أن إذن البكر هو السكوت.

ومن عجائب الدنيا قول مالك: إنّ العانس البكر لا يكون إذنها إلّا بالكلام، وهذا مع مخالفته لنص كلام رسول الله صلى الله عليه و آله ففى غايه الفساد؛ لأنّه أوجب فرضاً على العانس ما أسقطه عن غيرها، فوددنا أنّ يعرّفونا الحدّ الذى إذا بلغته المرأه انتقل فرضها إلى ما ذكر. (۱)

إنّ ما ذهب إليه ابن حزم فى هذا ممّا يعاب على أهل الظاهر فى تحميلهم ظواهر النصوص ما لا تحتمله، وليس فى هذه الأحاديث النبويّه ونحوها أنّ السكوت فرض على البكر، به يصحّ نكاحها وبدونه يبطل، بل ليس فيها إلا صحّه اعتبار سكوت البكر رضى منها، وهو رخصه صان الله بها كرم حياء البكر، فأكرم الله بهذا السكوت ذلك الحياء الذى حبس لسانها عن رغبه تستحى من إبدائها بصريح قولها.

۱- (۱) . المحلّى: ۴۷۱/۹.

ثانياً: إذن البكر بالسكوت

أ) رأى الإماميّه

لقد اتفق فقهاء الإماميّه إجمالاً على أنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفى دلاله على إذنها لوليها بإنكاحها ورضاها بخاطبها ما لم تقترن به قرينه واضحه دالّه على عدم الرضى.

قال اليزدى:

ورد فى الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها، وأفتى به العلماء، لكنها محموله على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك. (۱)

وقال السيّد الحكيم:

بل المشهور بين الأصحاب، بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه إلّا من ابن ادريس انكاره. (۲)

قال ابن إدريس:

إنَّ السكوت لا يدل فى موضع من المواضع على الرضا إلّا إذا لم يكن له وجه إلا الرضا فحينئذ يدل عليه، حيث يقول لا بدّ من النطق ولا- يكفى السكوت، لكونه أعم من الرضا، وحمل ما ورد من الروايات وأقوال الأصحاب باستئذانها والاكتفاء بسكوتها على تقدير تقدم توكيلها، فلا يوقع العقد عليها إلا عند استئمارها ثانياً.

قال: فإن قيل: إذا وكلته فى العقد فلا حاجه إلى استئمارها؟

قلنا: بل يستحبّ أن يستأمرها عند العقد بعد ذلک. (۳)

وقال العلّامه:

وليس بجيد فإن العاده قاضيه بأن السكوت هنا رضا؛ إذ حياء المرأه البكر، يمنعها عن النطق فلو لم يجعل السكوت دلاله على الرضا.

مع أنّه دال عرفاً فيه، وفى كثير من المواضع انتفت الدلاله على الرضا

۱- (۱) . العروه الوثقى: ۸۶۹/۲.

۲- (۲) . مستمسک العروه الوثقى: ۴۸۰/۱۴.

٣- (٣) . السرائر: ٥٦٩/٢.

مطلقاً، مع أنّ النقل عن النبی صلی الله علیه و آله فی أنّ الثیّب یعرب عنها لسانها، والبکر إذنها صماتها مشهور. (1)

نعم، فی المبسوط أنّه احتاط فی استنطاقها، فقال:

وأمّا البکر، فإن کان لها ولی الإجبار مثل الأب والجدّ فلا یفتقر نکاحها إلی إذنها، ولا إلی نطقها، وإن لم یکن لها ولی الإجبار کالأخ وابن الأخ والعمّ فلا بدّ من إذنها، والأحوط أن یرعی نطقها، وهو الأقوی عند الجمیع. وقال قوم یکفی سکوتها، لعموم الخبر، وهو قوی. (2)

ب) رأی أهل السنّه

وأما فقهاء السنه اتّفقوا أیضاً - من حیث الجمله - علی أن سکوت البکر بعد استئذانها یکفی دلاله علی إذنها لولیها بإنکاحها ورضاها ما لم تقترن به قرینه واضحه داله علی عدم الرضی، إلّا أنّ بعض الفقهاء منهم قد قصره علی اعتباره إذناً للبکر مع بعض أولیائها دون بعض، أو لبعض الأبکار دون بعض، فتحصل بذلک لهم ثلاثه أقوال فی اعتبار السکوت من البکر رضی.

القول الأوّل: أنّ سکوت البکر بعد استئذانها یکفی لمعرفه رضاها بالنکاح وإذنها فیه، وأنّه معتبر فی کل بکرٍ، ومع کلِّ ولیّ.

وهذا مذهب جمهور علمائهم ومنهم الحنفیّه والحنابله والظاهریّه وأحد الوجهین عند الشافعیّه، قال ابن قدامه فی المغنی:

فأمّا البکر فإذنها صماتها فی قول عامّه أهل العلم منهم: شریح والشعبی، وإسحاق، والنخعی، والثوری، والأوزاعی، وابن شبرمه، وأبو حنیفه، ولا فرق بین کون الولی أباً أو غیره. (3)

۱- (۱) . مختلف الشیعه: ۱۳۰/۷.

۲- (۲) . الطوسی، المبسوط: ۱۸۳/۴.

۳- (۳) . المغنی: ۳۸۶/۷، انظر للحنابله: الإنصاف: ۶۴/۸؛ المبدع: ۲۸/۷. وانظر للحنفیه: السرخسی، المبسوط: ۳۲/۵؛ بدائع الصنائع: ۱۳۵۴/۳ و ۱۳۵۵، وانظر للظاهریه: المحلّی: ۴۷۱/۹، وللشافعیه: مغنی المحتاج: ۱۵۰/۳، روضه الطالبین: ۵۵/۷

القول الثانى: أنَّ سكوت البكر إنَّما يكتفى به دلاله على الرضى والإذن إذا كان وليّها أباها أو جدّها، وأمَّا سائر أوليائها فلا يكون إذنها لهم فى نكاحها إلّا بصريح كلامها.

وهذا القول لبعض الشافعيه. (۱)

القول الثالث: أنَّ سكوت البكر إنَّما يكتفى به مع بعض الأبكار دون بعض تبعاً لاختلاف أحوالهنَّ، وهذ التفصيل للمالكيه، حيث قالوا: إنَّ الأصل فى إذن البكر أنّه يحصل بسكوتها، وهناك حالات مستثناه من هذه القاعده، لا يكون للبكر فيها إذن إلّا بصريح القول، وذكروا سبع حالات للأبكار لا يعتبر لهنّ إذن إلّا بصريح كلامهنّ وهنّ:

الأولى: البكر البالغ المرشَّده، ولو كانت ذات أب؛ لأنَّه لمّا رشَّدها علم من ذلك أنَّها عارفه بمصالح نفسها، وما يراد منها ففارقت غيرها. (۲)

الثانيه: البكر التى عضلها وليّها عن النِّكاح، سواء كان وليها أباها أو غيره، فرفعت أمرها إلى الحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، إلّا إنّ أمر الحاكم أباها بتزويجها بعد تحقق العضل منه، فإنّه يجبرها ولا يحتاج إلى إذنها. (۳)

الثالثه: البكر التى زوّجت بعرض (۴)، وهى من قوم لا يزوّجون به ولا أب ولا وصى ينظر فى مالها، فلا بدَّ من نطقها؛ لأنّها بائعه مشتريه، والبيع والشراء لا يلزم بالصمت. (۵)

ونحو هذا القول قال بعض الشافعيه: أنّه إذا استأذنها وليّها أن يزوّجها بأقلّ من

ص:۲۵۴

۱- (۱) . انظر: المصادر السابقه للشافعيه.

۲- (۲) . انظر: حاشيه الدسوقى، على الشرح الكبير: ۲۲۷/۲ و ۲۲۸.

۳- (۳) . انظر: المصدر السابق.

۴- (۴) . أى: غير ذهب أو فضّه. انظر: منح الجليل: ۲۰/۲.

۵- (۵) . انظر المصدر السابق.

مهر مثلها، أو بغير نقد البلد، وصمتت، لم يكن ذلك إذناً منها فى ذلك؛ لأنّه استئذان فى مال. (۱)

الرابعه: البكر التى زوَّجت بمن فيه رقّ لو زوجها أبوها بعده، وهذا بناءً على أنّ العبد غير كفء للحرّه، وقيل إن كان زوّجها بعبد أبيها فلا بدَّ من نطقها، حتّى ولو قيل: إن العبد كفؤ للحره، لما يلحقها من زياده المعرَّه بتزويجها بعبد أبيها، ممّا لم يحصل مثله لو تزوّجت بغير عبد أبيها. (۲)

الخامسه: البكر التى تزوَّجت بذى عيب يوجب لها الخيار، كجنون وجذام وبرص ولو مجبره، لأنَّ ذلك عيب تدخل عليه ويلزمها. (۳)

السادسه: البكر المفتات عليها، وهى التى زوّجها وليّها بدون إذنها، ثمّ استأذنها بعد العقد فلا تصحّ إجازتها إلّا بصريح قولها، وهذا عندهم فى غير الولىّ المجبر؛ لأنّه لا يتصور منه افتيات. (۴)

السابعه: البكر المعنّسه، وبعضهم قيدها باليتيمه. (۵)

الأدلّه

أوّلًا: أدلّه المشهور من الإماميّه: وهو أنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفى دلاله على إذنها لوليها بإنكاحها ورضاها بخاطبها.

استدلّوا بما يلى:

۱- (۱) . انظر: روضه الطالبين: ۵۶/۷.

۲- (۲) . انظر: حاشيه الدسوقى، على الشرح الكبير: ۱۲۸/۲.

۳- (۳) . انظر: المصدر السابق.

۴- (۴) . انظر: المصدر السابق.

۵- (۵) . انظر: حاشيه البنانى على الزرقانى: ۱۷۸/۳.

۱. ما روی عن النبی صلی الله علیه و آله :

البکر تستأمر فإذنها صماتها، والثیّب یعرب عنها لسانها. (۱)

أی: تبین، یقال: أعرب الرجل عن صاحبه، أی: أبان.

۲. صحیح البزنطی قال: قال أبو الحسن علیه السلام :

فی المرأه البکر إذنها سکوتها والثیب أمرها إلیها. (۲)

۳. صحیح داود بن سرحان، عن أبی عبد الله علیه السلام فی رجل یرید أن یزوّج أخته؟ قال علیه السلام : یؤامرها فإن سکتت فهو إقرارها، وإن أبت لم یزوجها، ونحوه صحیح الحلبی. (۳)

۱. خبر الضحّاک بن مزاحم قال:

سمعت علی بن أبی طالب علیه السلام یقول: (وذکر حدیث تزویج فاطمه علیها السلام وإنه طلبها من رسول الله صلی الله علیه و آله) فقال النبی صلی الله علیه و آله لعلی علیه السلام :

«أنّه قد ذکرها قبلک رجال، فذکرت ذلک لها فرأیت الکراهه فی وجهها، ولکن علی رسلک حتّی أخرج إلیک». فدخل علیها وقال: «إنَّ علیاً قد ذکر من أمرک شیئاً، فما ترین؟» فسکتت فلم تولّ وجهها، ولم یر فیه کراهه، فقام وهو یقول: «الله أکبر سکوتها إقرارها». (۴)

دلّت هذه الروایات علی الاکتفاء فی إذن البکر بالسکوت، ومتی ثبت الاکتفاء بالسکوت فی الإذن کفی فی الإجازه؛ لأنّها فی معنی الاذن، وهی: کما تری ظاهره، بل صریحه فی القول المشهور، ولیس فی شیء منها ما یشیر إلی حصول الوکاله التی ادعاها ابن إدریس، بل ظاهره فی خلاف ذلک، وما ادعاه من استحباب استئمارها بعد الوکاله مجرد دعوی ألجأه إلیه ضیق الخناق فی الخروج عما وقع

۱- (۱) . وسائل الشیعه: ۲۰۴/۱۴؛ سنن ابن ماجه: ۶۰۱/۱؛ سنن الترمذی: ۴۱۵/۳؛ سنن أبی داود: ۲۳۲/۲ و ۲۳۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۱۴، ۲۰۶، باب ۵ من ابواب عقد النکاح، ح۱.

۳- (۳) . المصدر السابق.

۴- (۴) . المصدر السابق.

عليه الاتّفاق، فإنا لم نقف لذلک علی دلیل عقلی ولا نقلی کما لا یخفی. (۱)

ثمّ أنّه تاره یکون السکوت دالاً ـ قطعاً علی الرضا، وأخری یکون مقروناً بقرائن توجب الظنّ بالرضا، وثالثه لا تکون هناک قرینه علی شیء من الرضا وعدمه، ورابعه یکون مقروناً بقرائن موجبه للقطع بعدم الرضا، وخامسه یکون مقروناً بما یوجب الظن بعدمه، وسادسه تتعارض فیه الأمارات.

وقد اختار صاحب الجواهر قدس سره حجّیه السکوت فی الصور الثلاث الأوّل، وظاهر من السیّد الیزدی فی العروه الاختصاص بالصورتین الأوّلیتین، وظاهر ما فی الریاض حجیته عدا المقترن بما یدل علی عدم الرضا قطعاً.

وتنقیح القول ببیان أمور:

أحدها: إنّ المستفاد من جمله من النصوص الاکتفاء بالسکوت فی الإجازه، کما فی صحیح معاویه بن وهب قال:

جاء رجل إلی أبی عبد الله علیه السلام فقال: إنّی کنت مملوکاً لقوم، وإنّی تزوّجت امرأه حرّه بغیر إذن موالیّ، ثمّ اعتقونی بعد ذلک، فاجدّد نکاحی إیّاها حین اعتقت؟ فقال له: «أکانوا علموا أنّک تزوّجت امرأه وأنت مملوک لهم؟» فقال: نعم، وسکتوا عنّی ولم یغیروا علی، فقال علیه السلام : سکوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم، أثبت علی نکاحک الأوّل. (۲)

فإنّها دالّه علی صحّه عقد العبد بدون إذن موالیه بسکوتهم وإنّ سکوتهم إقرارهم.

ونحوه خبر علی بن جعفر عن أخیه علیه السلام عن آبائه عن علی علیه السلام : «إنّه أتاه رجل بعبده، فقال: إنّ عبدی تزوّج بغیر إذنی، فقال علی علیه السلام لسیده: فرق بینهما، فقال السیّد لعبده یا عدو الله، طَلِّقْ فقال له علی علیه السلام : کیف قلت له؟ قال: قلت له: طلق فقال علی علیه السلام للعبد: أمّا الآن فإن شئت فطلّق، وإن شئت فأمسک.

۱- (۱) . الحدائق الناضره: ۲۶۴/۲۳.

۲- (۲) . وسائل الشیعه: ۱۱۷/۲۱.

فقـال السيّد: يـا أمير المؤمنين، أمر كـان بيـدى فجعلته بيـد غيرى. فقـال عليه السـلام : ذلـک لأنّـک حين قلت له طلق أقررت له بالنكاح». (۱)

فإنَّها دالَّه على أن المولى الذى قال لعبده المزوج لنفسه فضولاً طلق يكون ذلك إقراراً بالنكاح.

ثانيهـا: أنّه فى هـذه النصوص لم ينزل السـكوت منزله الرضـا، بـل نزل منزله الإقرار والإذن الكاشـفين عنه، فلا وجه لتوهـم كونه بمنزله الرضا موضوعاً للصحّه واقعاً، بل الظاهر كونه موضوعاً للحجّيه.

ثالثها: إن السـكوت من الأمارات العرفيّه، وعنـد أهل العرف يكون حجّه فى الصورتين الأوّليتين، فعلى هـذا يـدور الأمر فى هـذه النصوص بين كونهـا إمضاء لما عنـد العرف، فتختص حجيته بالصورتين الأوّليتين، وبين كونها تأسيساً فى مقابل ما عنـد العرف، فتعم الحجّيه جميع الصور غير الرابعه، والظاهر من كلام الشارع وإن كان هو التأسيس، ولكن فى باب العقود والإيقاعات لا يبعد دعوى الظهور فى الإمضاء ولا أقلّ من الإجمال، فالمتيقن هوحجّيته فى الصورتين الأوّليتين.

ثانياً: أدلّه مذهب الجمهور من السنه: وهو أنَّ سكوت البكر رضى فى حقّ كلّ بكرٍ، وكلّ وليّ.

استدلّ الجمهور من السنّه القائلون بأنّ سكوت البكر رضى مع كلّ وليّ وفى حقّ كلّ بكر بالسنه.

فمنها مايلى:

١. حديث أبى هريره أنَّ رسول الله صـلى الله عليه و آله قال:«لا تنكح الأيِّم حتّى تسـتأمر، ولا تنكح البكر حتّى تسـتأذن» فقالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». (٢)

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . لقد مرّ تخريجه.

۲. حديث ابن عباس أنَّ رسول الله صلى الله عليه و آله قال:

«الأيِّم أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تستأذن فی نفسها، وإذنها صماتها».

۳. حديث عائشه أنَّها قالت: يا رسول الله، إنَّ البكر تستحی؟ قال: «رضاها صمتها...».

وفی لفظ: قلت: يا رسول الله: يستأمر النّساء فی أبضاعهنَّ؟ قال: «نعم». قلت: إنَّ البكر تستحی فتسكت، قال: «سكاتها إذنها».

وفی لفظ ثالث: قالت: قال رسول الله: «تستأذن النساء». قلت: إنَّ البكر تستحی، قال: «إذنها صماتها». رواه البخاری بالألفاظ الثلاثه، وراه أيضاً مسلم وغيره، وتقدَّم تخريجه.

۴. ما رواه عدی بن عدی الكندی، عن أبيه، عن رسول الله صلى الله عليه و آله قال: «أشيروا على النساء فی أنفسهنَّ». فقالوا: إنَّ البكر تستحی يا رسول الله، قال: «الثيّب تعرب عن نفسها بلسانها، والبكر رضاها صمتها». رواه ابن ماجه والبيهقی. (۱)

فقالوا هذه الأحاديث صحيحه صريحه واضحه الدلاله على أنّ البكر إذا استأذنها وليّها فی نكاحها فسكتت، أنَّ ذلك إذن منها، لا فرق بين بكر وأخرى، ولا بين وليّ وآخر.

وأمّا توجيه القول الثالث: وهو أنَّ سكوت البكر إنّما يكتفی به دلاله على الرضى مع أبيها أو جدّها دون غيرهما، فهو:

أوّلًا: إنَّ السكوت إنّما يكتفی به فی حقّ البكر لشدّه حيائها، وهی أشدّ حياء مع أبيها وجدّها، بخلاف غيرهما؛ إذ لا تستحی أن تفصح عن رضاها وإذنها، بصريح قولها مع أخيها، وعمِّها، ونحوهما. (۲)

ثانياً: أنَّ نكاح البكر لا يتوقّف على رضاها إذا كان وليها أباها أو جدّها،

۱- (۱) . تخريجه: ۱. سنن ابن ماجه: ۶۰۲/۱؛ ۲. سنن البيهقی: ۱۲۳/۷.

۲- (۲) . انظر: شرح النووی على مسلم: ۲۰۹/۹.

بخلاف غيرهما، فإنّها لا تنكَح إلاباِذنها، والصمت محتمل للرضى، وللحياء، ولغيرهما، وكلّ من افتقر رضاها إلى إذنها افتقر إلى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيّب. (۱)

وظاهر هذا القول أنّ صفه إذن البكر لوليّها فى نكاحها يتبع القول فى إجبار البكر أوعدمه، فحيث ثبت عندهم لوليّها حقّ إجبارها، كما فى أبيها وجدّها اكتفى بسكوتها، لعدم توقف نكاحها على إذنها، وحيث لم يجزِ له إجبارها، كما فى غير الأب والجدّ، لم يكتف بسكوتها، بل لا بدّ من إذنها بالقول.

ولا يخفى ضعف هذا القول، ومخالفته للسنّه، والإجماع المدعى، وحتّى المعقول، على مبنى أهل السنّه أنفسهم.

فأمّا مخالفته السنّه:

فقد سبق بيانها، ولم تفرّق بين صفه إذن البكر مع أب أو جدّ.

وأمّا مخالفته الإجماع:

فقد اجمع علمائهم على ما دلّت عليه السنّه الصحيحه والصريحه، قبل حدوث هذا الخلاف، كما حكاه ابن قدامه، وقد تقدّم.

وأمّا توجيه القول الرابع: وهو تفصيل المالكيه فى صفه إذن البكر تبعاً لاختلاف أحوالها، حيث استثنوا سبع حالات للأبكار لا يكون لهنَّ إذن فيها إلّا بالنطق، فلم أجد له مستنداً من النصوص الشرعيّه، ولا ـ قاعده يمكن اطّرادها، ومن تأمّل تلك الأقوال وجدّها أشبه بالقول السابق لبعض الشافعيه، من حيث التّثبت فى الوقوف على رضى البكر بصريح القول فيما يتوقّف عليه نكاحها، إلّا أنّ القول السابق يشترط النطق حيث وجب الإذن، وأمّا هذا التفصيل للمالكيه، فإنّه يشترط الإذن بالقول لقرائن يترجّح بها أنّ السكوت فى تلك الحالات غير دالّ على الرضى، كما تشير إليه تعليلاتهم لبعض

۱- (۱) . انظر: المغنى: ۳۸۶/۷.

تلك الصور، فإنّهم ذكروا أنّ البكر المرشّده أو المعنّسه أعرف بمصالح نفسها، فأشبهت الثيب. (۱)

وعلى هذا، فسكوت البكر المعنّسه أو المرشّده يغلب على الظن أنّه لعدم الرضى، لا لشدّه الحياء.

إلّا أنّ هذا التوجيه لا يقاوم ما سبق من النصّ والمشهور على مبنى الإماميّه والإجماع على مبنى الجمهور من أهل السنه على أنّ سكوت البكر رضى من غير تفصيل، وقد سبق وصف ابن حزم لقول مالك فى المعنّسه: أنّه من عجائب الدّنيا.

والبكر المرشّده لا تختلف عن هذا.

وأمّا قولهم فى البكر التى عضلها أبوها، فرفعت أمرها إلى الحاكم فأنكحها أو أمر من ينكحها فاشترط صريح القول بالإذن فى هذه الصوره لا ـ يختلف عن وجهه بعض الشافعيه السابقه فى اشتراط الإذن بالقول، حيث لا يكون للولى حقّ الإجبار، فقد نص بعض شراح المختصر على أنّ الحاكم لو أمر أباها أن ينكحها بعد تحقق العضل عنده أنّ الأب يجبرها، ولا يحتاج إلى إذنها. (۲)

وأمّا قولهم فى التى زوّجت بعرض، وهى من قوم لا يزوّجون به، فقالوا: إنّ هذا مال وهى بائعه مشتريه، والمال لا يلزم بالصمت، ولكن استثناء الأب من هذه الصوره يلحقه بالقاعده السابقه فى اعتبار الإجبار أو عدمه.

وأمّا التى زوّجت بمن فيه رقّ فاعتبار نطقها هنا لتزويجها بغير كفئها، والغالب أنّ المرأه لا ترضى بغير الكفء، فإذا سكتت كان ذلك قرينه دالّه على عدم الرضى، لا على شده الحياء، وكذلك إذا أريد تزويجها بمن فيه عيب، فالغالب أنّ المرأه لا ترضى

۱– (۱) . انظر: حاشيه الدسوقى، على الشرح الكبير: ۲۲۷/۲ و ۲۲۸.

۲– (۲) . انظر: المصدر السابق.

بمعیب، فوجود العیب قرینه دالّه علی أنّ سکوتها للکراهه لا للرضی، وخاصّه إذا کان العیب یثبت لها حقّ الفسخ.

وأمّا قولهم فی التی زوّجها ولیّها غیر المجبر افتیاتاً علیها، أی: بدون إذنها، فذلک؛ لأنّ افتیات ولیها هنا قد أظهر تعدّیه علی حقها، فاحتیج لنطقها للأمن من هذا التعدّی مرةً ثانیةً.

وبهذا نعلم أنّ أصح هذه الأقوال هو القول الأوّل، وهو:

أنّ سکوت البکربعد استئذانها یکفی دلاله علی إذنها لولیها بإنکاحها ورضاها بخاطبها. ما لم تظهر قرینه واضحه دالّه علی أنّ سکوتها سکوت سخط أو کراهیه، لا سکوت أدب وحیاء.

ثالثاً: ما یکون له حکم السکوت فی الدّلاله علی رضی البکر

وأمّا ما یلحق بالسکوت فی الدلاله علی إذن البکر ورضاها، فقد بحث الفقهاء ما إذا استأذنها ولیّها فی تزویجها فضحکت، أو تبسمت، أو بکت، أیلحق ذلک بسکوتها أم لا؟!

فأمّا الضحک والتبسم، فهو بمنزله سکوتها فی دلالته علی الرضی، بل إنّه أدلّ علی الرضی من السکوت؛ لأنَّ الإنسان إنّما یضحک غالباً ممّا یسره، وهذا مذهب الإمامیّه، وفیه قال الشهید الثانی:

ولو ضحکت أو تبسمت عند عرضه علیها، فأولی بالإکتفاء؛ لأنه أقوی دلاله من السکوت. (۱)

وهذا أیضاً ما ذهب إلیه الجمهور من أهل السنّه.

وأما إن ضحکت أو تبسَّمت کالمستهزئه، فلا یکون ذلک دالاً علی الرضی. (۲)

ص:۲۶۲

۱- (۱) . مسالک الأفهام: ۱۶۶/۷.

۲- (۲) . انظر فی إلحاق الضحک بالسکوت المصادر التالیه: للحنفیه: السرخسی، المبسوط: ۴/۵؛ بدائع الصنائع: ۱۳۵۵/۳. وللمالکیه: الخرشی علی مختصر خلیل:۱۸۴/۳. وللشافعیه: مغنی المحتاج: ۱۵۰/۳؛ روضه الطالبین: ۵۵/۷. وللحنابله: المغنی: ۳۸۹/۷؛ الإنصاف: ۶۵/۸.

وأمّا إذا استأذنها وليّها فبكت

ففي دلالته على الرضى إلحاقاً له بالسكوت خلاف.

١. فقيل: هو بمنزله سكوتها، وبه قال ابن البراج من الإماميّه، حيث قال:

إذا أراد أبوها العقد عليها، ويستحب له أن لا يعقد عليها حتّى يستأذنها، فإنّ سكتت أو ضحكت أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج. (١)

وبه قال الحنابله، والمالكيه، وروايه عن أبي يوسف من الحنفيَّه. (٢)

٢. قيل: أنّه بمنزله سكوتها، إلّا إذا اقترن به صياح، أو ضرب خدّ؛ لأنّ ذلك مشعر بعدم الرضى.

وبهذا قال الشافعيه، بناء على الأصح عندهم، وهو أنَّ سكوت البكر رضى مع جميع الأولياء. (٣)

وبنحو هذا قال بعض الحنفيه: إنَّ البكاء لا يكون رداً إلّا إذا كان له صوت، كالويل، وأمّا لو خرج الدمع من عينيها من غير صوت البكاء لم يكن هذا رداً، بل تحزن على مفارقه بيت أبويها. (۴)

قال ابن الهمام: واختيرت للفتوى. (۵)

ص:٢۶٣

١- (١) . المهذّب: ١٩۴/٢.

٢- (٢) . انظر لأبي يوسف: محمد، ابن الهمّام، فتح القدير: ٢۶۴/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣۵۵/٣. وللمالكيه: الخرشي على مختصر خليل: ١٨۴/٣. وللحنابله: المغني: ٣٨٩/٧؛ الإنصاف: ۶۵/٨.

٣- (٣) . انظر: مغني المحتاج: ١۵٠/٣.

۴- (۴) . انظر: السرخسي، المبسوط: ۴/۵.

۵- (۵) . انظر: فتح القدير: ٢۶۴/٣.

۳. أنَّ البکاء دلیل عدم الرضی مطلقاً، وهو مذهب الحنفیّه. (۱)

۴. اعتبار قرائن الأحوال، بالکشف عن بکائها أهو للکراهه أم لا؟

فإذا کان للکراهه لم یکن إذنا.

وهذا قول اختاره بعض المحقّقین من المذاهب الخمسه.

قال الشهید الثانی:

وینبغی تقیید الإکتفاء بالسکوت بعدم اشتماله علی اماره الکراهه، وإلّا لم یکف، ومتی أشبه الحال کفی السکوت عملاً بالنص، ولو ضحکت أو تبسمت عند عرضه علیها فأولی بالإکتفاء؛ لأنّه أقوی دلاله من السکوت، وألحق ابن البراج لها ما لو بکت، وهو بعید، والأولی الرجوع فیه إلی قرائن الأحوال. (۲)

وقال ابن الهمام:

والمعول علیه اعتبار قرائن الأحوال فی الضحک والبکاء، فإن تعارضت أو أشکل أحتیط، ومن هذا ما اعتبر بعضهم من أنَّ دموعها إن کانت حارّه فهو ردّ، أو بارده فهو رضی، لکنه اعتبار قلیل الجدوی أو عدیمه؛ إذ الإحساس بکیفیتی الدمع لا یتهیأ إلّا لخدّ الباکی، ولو ذهب إنسان یحسه لا یدرک حقیقه المقصود، ولیس بمعتاد، ولا یطمئن به القلب، إلّا أنّه کذا ذکر. (۳)

الأدلّه

استدلّ من قال إنَّ بکاء البکر بمنزله سکوتها بما یلی:

من الإمامیّه

ما روی فی دعائم الإسلام عن الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام أنّه قال:

۱- (۱) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۴/۵؛ بدائع الصنائع: ۱۳۵۵/۳.

۲- (۲) . مسالک الأفهام: ۷، ۱۶۵ و۱۶۶.

۳- (۳) . فتح القدیر: ۲۶۴/۳.

«لا ینکح أحدکم ابنته حتّی یستأمرها فی نفسها فهی أعلم بنفسها، فإن سکتت أو بکت أو ضحکت، فقد أذنت وإن أبت لم یزوجها». (۱)

من أهل السنه ما یلی:

۱. ما روی عن أبی هریره قال: قال رسول الله صلی الله علیه و آله :

«تستأمر الیتیمه فی نفسها، فإن بکت أو سکتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز علیها».

کذا أورده ابن قدامه فی المغنی وعزاه لأبی بکر (۲)، والحدیث قد رواه أبو داود أیضاً وقال: ولیس بکت بمحفوظ وهو وهم فی الحدیث. (۳)

۲. لأنّها لو کرهت لنطقت بامتناعه؟ فإنّها لا تستحی من الامتناع، فکان إذناً منها کالصمات، والضحک، وأما البکاء فهو دلیل فرط الحیاء، أو لما یترتَّب علی نکاحها من فراقها لبیت أبویها. (۴)

وقیل: إنَّ البکاء قد یکون للحزن، وقد یکون لشّده الفرح، فلا یجعل ردّاً ولا إجازه للتعارض، کأنَها سکتت فکان رضی. (۵)

وأمّا من فرّق بین البکاء الذی یصحبه صیاح، أو ضرب للخدود، أو دعاء بالویل، وبین غیره من البکاء، فلأنَّ تلک القرائن مشعره بالغضب، والسخط، دون البکاء المجَّرد منها، فإنّه دلیل الحیاء، وخوف فراق بیوت الآباء. (۶)

۱- (۱) . النعمان المغربی، دعائم الاسلام: ۲۱۸/۲.

۲- (۲) . المغنی: ۳۸۷/۷.

۳- (۳) . عون المعبود، شرح سنن أبی داود: ۱۸/۶.

۴- (۴) . انظر: المغنی: ۳۸۸/۷.

۵- (۵) . کذا قال أبو بکر الکاسانی فی: بدائع الصنائع توجیهاً لقول أبی یوسف: ۱۳۵۵/۳.

۶- (۶) . انظر: السرخسی، المبسوط: ۴/۵.

وأمّـا من جعـل البكـاء دليلاًـ على الردّ وعـدم الإـذن، فلأـنّ البكـاء وضع أصـلًا للحزن، والسـخط، والكراهيه، لا للفرح والرضـى، بخلاف الضحك والتبسم، فإنّ وضعه لما يسرّ ويفرح، وليس هو بصمت فيدخل فى عموم الأحاديث. (١)

وأمّـا من اعتبر قرينه الحـال، وعوّل عليهـا فى هـذا المقام، فلأنّ البكاء يـدل على الحزن والكراهيه، وقـد يكون لغير ذلك، وقرينه الحال هى التى تدّل على المراد به.

الرَّاجِح

والذى يظهر لى من كلّ ما تقدّم: أنّه قلّ من العلماء من يلغى قرينه الحال عند التحقيق والتأمل.

ويبدو لى: أنَّ البكاء لا يلحق بالصـمت فى الدلاله على الرضـى إلّا بقرينه تدل على فرط الحياء أو خشيه فراق بيوت الآباء أو نحو ذلك، ولذا أشكل العلّامه على القاضى ابن البراج، حيث قال: وكلام ابن البراج: من إن البكاء دالّ عليه مشكل. (٢)

والشهيد الثانى بعد نقل ايراد كلامه: وهو بعيد. (٣)

ثمّ إنّ البكاء دالّ حقيقه على السخط والكراهيه، لا على الفرح والرضى ونحوه، فلا يخرج عما وضع له إلّا بقرينه واضحه.

١- (١) . انظر: المصدر السابق.

٢- (٢) . المختلف: ١٢٩/٧.

٣- (٣) . مسالك الأفهام: ١٦٦/٧.

الخاتمه

بعـد الثناء والحمـد لله تعالى أن يسّر لنا إنجاز هذا البحث المتواضع، وهو الولايه فى عقد النكاح، وكلّى أمل أن أكون وفّقت من خلاله تقـديم رؤيه إسـلاميّه لهـذا الموضوع الـذى يعتبر من المواضـيع المهمّه التى يجب أن يحظى بمزيد من العنايه والبحث لما يترتب عليه من نتائج مهمّه فى مسيره الحياه الزوجيّه.

ونستعرض فيما يلى ما تمّت دراسته فى هذا الكتاب بشكل موجز، فقد قسّمت البحث إلى مقدّمه، وثلاثه فصول، وخاتمه.

تناولت فى المقدّمه أسباب اختيارى لهذا الموضوع، وخطتى فيه.

وتناولت فى الفصل الأوّل: معنى الولى، وأقسام الولايه وهل الولايه حكم أو حق، ومتى تسقط الولايه.

وفى الفصل الثانى: تحدّثت عن أولياء العقد عند الشيعه الإماميّه وباقى المذاهب الأخرى.

وتحدّثت فى الفصل الثالث: عن شروط تحقّق الولايه وإعمالها من عدم المفسده ووجود المصلحه.

وما تم التوصل إليه من نتائج فهى كما يلى:

١. توضـيح أهمّ ما شـرعه الإسـلام فيما يتصل بالمرأه وأنّه قرّر أهليتها الاجتماعيّه والأسـريه، ومـدى احترام إرادتها، وحرّيه التعبير عمّا فى نفسها، وأن إرداتها معتبره فى أمر نكاحها ومستقبلها.

۲. أكـدّ على الرجال وجوب الوفاء بها، فإذا ما بلغت وحسن تصـرفها زالت عنها الولايه وغدت أحقّ بنفسـها تقبل أو ترد من جاء يطلـب يـدها للزواج منهـا، وليس للـولى أو غيره أن يجبرهـا على قبـول من لا ـ تريـده، أو يمنعهـا من أن تـتزوّج من رضـيته ممّن يكافئها، وقد منحها الله تعالى هذا الحقّ وهو حريه التعبير عن هذه المسأله المهمه فى حياتها.

۳. أثبت الشـارع المقـدّس الولا ـيه لبعض الأوليـاء ممّن تتوفّر فيهم الشـفقه والحرص على مصـلحه من يحتـاج إليهـا عليهم ضـمن شروط وضوابط معينه، حيث أن تزويجها حال صـغرها مصالـح كثيره كتقييـد الأكفأ، وخوف من الفوات ورعايه حقوق الصـغيره وغير ذلک.

۴. التشريک بين البکر وبين الأب أو الجدّ من قبل الأب فى الولايه بمعنى توقف الصحّه على إذنهما معاً، إنّما يکون ذلک مراعاه لمصـلحه البنت؛ فلأنها بکر لا تجربه لها فى الحياه الزوجيه، ولکونها غير مخالطه للرجال فمعرفتها بصـفاتهم وأخلاقهم محـدوده. ولما قـد يغلب عليها من الاندفاع العاطفى لکل ذلک يخشـى عليها من ألّا يکون قرارها فى انتقاء الزوج موضوعياً مناسـباً فتتورط فى حيـاه زوجيه لا ـ تسـعد بهـا ولا ـ يمکن الخلا ـص منهـا بسـهوله، باعتبـار أن قرار الانفصـال والطلاق بيـد الزوج فمن هنا يکون التشريک بين رضا الأب ورضا البنت فيکون کلا الرضائين بنحو جزء العله المؤثره.

۵. لهـذه الحيثيّات التى تنصب فى مصـلحه البنت کـان لوليها دور فى قرار زواجها لما يترتب عليه من ألّفه ومودہ وسـکن وراحه للحياه الزوجيّه، وفى ذلک تحقيق لمصالح الزواج ودوامه واستقراره.

هـذه عصاره الفکر ونتيجه البحث والتلقى تراها بين يـديک فما وجـدت فيه من خير وصواب فهو من عند الله تعالى، وما وجدت فيه من خطأ أو نقص فهو من نفسـى، فتلک سـنه الله فى بنى الإنسان فالکمال لله وحده وأسأل الله سـبحانه أن يتقبله بقبول حسن، وأن يجعله خالصاً لوجهه الکريم وأن ينفع به عباده المؤمنين، فإنّه على کل شىء قدير وبالإجابه جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، والصلاه على محمّد وآله الطيّبين الطاهرين.

ص:۲۶۸

المصادر

اشاره

القرآن الكريم.

أوّلاً: القرآن الكريم وعلومه

۱. أحكام القرآن، الجصّاص، أبى بكر أحمد بن على، الناشر: دار الكتاب العربى، بيروت.

۲. التبيان فى تفسير القرآن، الطوسى، محمّد بن الحسن، تحقيق وتصحيح: أحمد حبيب قصير العاملى، الطبعه الأولى ۱۴۰۹ق، الناشر: مكتب الإعلام الإسلامى.

۳. تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، إسماعيل بن عمرو، الناشر: دار الكتب العلميه، منشورات محمّد على بيضون.

۴. تفسير القمّى، القمّى، على بن ابراهيم، الطبعه الثالثه ۱۴۰۴ق، الناشر: مؤسسه دار الكتاب للطباعه والنشر، قم - إيران.

۵. التفسير الكبير، الفخر الرازى، محمّد بن عمر بن حسين، الناشر: دار الكتب العلميّه، طهران - ايران.

۶. تفسير الميزان فى تفسير القرآن، الطباطبائى، محمّد حسين، الناشر: جماعه المدرسين فى الحوزه العلميه فى قم المقدسه.

۷. جامع البيان فى تفسير القرآن، الطبرى، أبو جعفر محمّد بن جرير، قدم له الشيخ خليل الميس، الناشر: دار الفكر للطباعه والنشر.

۸. الجامع لأحكام القرآن، القرطبى، محمّد بن أحمد، الناشر: انتشارات ناصر خسرو، طهران - إيران.

۹. روح المعانى فى تفسيرالقرآن والسبع المثانى، الآلوسى، محمود بن عبد الله، الناشر: دار الكتب العلميه - بيروت.

۱۰. فقه القرآن، القطب الراوندی، سعید بن هبه الله، تحقیق السیّد أحمد الحسینی، الطبعه الثانیه ۱۴۰۵ق، مطبعه الولایه – قم المقدسه، الناشر: مکتبه آیه الله العظمی النجفی المرعشی.

۱۱. الکشاف عن حقائق غوامض التنزیل، الزمخشری، محمود بن عمر، الناشر: دار الکتاب العربی – بیروت – لبنان.

۱۲. مجمع البیان، الطبرسی، الفضل بن الحسن، حقّقه وعلّق علیه لجنه من العلماء المحققین الإخصائیین قدم له السیّد محسن الأمین العاملی، من منشورات مؤسسه الأعلمی للمطبوعات، بیروت – لبنان، الطبعه الأولی ۱۴۱۵ق/ ۱۹۹۵م.

۱۳. مواهب الرحمن فی تفسیر القرآن، السبزواری، عبد الأعلی، الناشر: مؤسسه أهل البیت علیهم السلام، بیروت ۱۴۰۹ ق.

ثانیاً: الحدیث الشریف

۱۴. الأمالی، الصدوق، محمّد بن علی، تحقیق قسم الدراسات الإسلامیّه، مؤسسه البعثه، الطبعه الأولی ۱۴۱۷ق.

۱۵. تحف العقول عن آل الرسول صلی الله علیه و آله ، ابن شعبه الحرانی، حسن بن علی، الطبعه الثانیه، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامی – التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه – إیران.

۱۶. تحفه الأحوذی بشرح جامع الترمذی، المبارکفوری، الحافظ أبی یعلی محمّد بن عبد الرحیم، المتوفی سنه ۱۳۵۳ش، ضبطه وراجع أصله وصحّحه عبد الرحمن عثمان، الناشر محمّد بن عبد المحسن الکتبی – صاحب المکتبه السلفیّه بالمدینه المنوره – الطبعه الثانیه ۱۳۸۵ش/ ۱۹۶۵م.

۱۷. تهذیب التهذیب، الحافظ ابن حجر العسقلانی، أحمد بن علی، الطبعه الأولی بمطبعه دائره المعارف النظامیه، الهند – حیدر آباد الدکن سنه ۱۳۲۵ش.

۱۸. تهذیب السنن لابن القیّم، ابن القیّم، محمّد بن أبی بکر بن أیوب، الناشر: محمّد عبد المحسن صاحب المکتبه السلفیه بالمدینه المنوره، الطبعه الثانیه ۱۳۸۸ش/ ۱۹۸۶م.

۱۹. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلّه الأحکام، الصنعانی، محمّد بن إسماعیل، الناشر: دار إحیاء الترث العربی، بیروت، الطبعه الرابعه ۱۳۷۹ش/۱۹۶۵م.

۲۰. سنن ابن ماجه، القزوینی، محمّد بن یزید، تحقیق محمّد فؤاد الباقی، مطبعه عیسی البابی الحلبی.

۲۱. سنن أبی داود، السجستانی، الحافظ أبی داود، تحقیق: سعید محمّد اللحام، الناشر: دار الفکر بیروت، الطبعه الأولی ۱۴۱۰ق/ ۱۹۹۰م.

۲۲. سنن الدارقطنی، الدارقطنی، أبی الحسن علی بن عمر، تحقیق السیّد عبد الله هاشم الیمانی المدنی الناشر المحقق، طبع دار المحاسن القاهره سنه ۱۳۸۶ش/ ۱۹۶۶م.

۲۳. سنن الدارمی، الدارمی، عبد الله، تحقیق وتخریج السیّد عبد الله هاشم الیمانی المدنی، الناشر: المحقق، طبع دار المحاسن القاهره ۱۳۸۶ش/ ۱۹۶۶م.

۲۴. السنن الکبری، البیهقی، الحافظ أبی بکر أحمد بن الحسین، الطبعه الأولی بمطبعه دار المعارف العثمانیه بحیدر آباد الدکن – الهند سنه ۱۳۵۳ش وأعادت تصویرها دار المعرفه، بیروت.

۲۵. شرح النووی لصحیح مسلم، النووی، محی الدین أبو زکریا، الناشر المطبعه المصریه ومکتبتها.

۲۶. شرح سنن النسائی، السیوطی، جلال الدین عبد الرحمن، الناشر: دار احیاء التراث العربی، بیروت.

۲۷. شرح معانی الآثار، الطحاوی، أبی جعفر أحمد بن محمّد، شرح معانی الآثار، تحقیق محمّد زهری النجار، الناشر دار الکتب العلمیّه، بیروت، الطبعه الأولی ۱۳۹۹ش/ ۱۹۷۹م.

۲۸. صحیح البخاری، البخاری، محمّد بن إسماعیل، الناشر: دار الفکر بیروت، الطبعه بالأوفست عن طبعه دار الطباعه العامره بإسطنبول ۱۴۰۱ق/ ۱۹۸۱م.

۲۹. صحیح مسلم، ابن مسلم القشیری، مسلم بن الحجاج، الناشر دار الفکر بیروت.

۳۰. عوالی اللئالی العزیزیّه فی شرح الأحادیث الدینیه، الإحسائی، محمّد بن علی، الطبعه الأولی ۱۴۰۳ق/ ۱۹۸۳م، مطبعه سید الشهداء، قم – ایران.

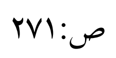
۳۱. عون المعبود، شرح سنن أبی داود، العظیم آبادی، محمّد شمس الحق، الناشر: محمّد عبد المحسن صاحب المکتبه السلفیه بالمدینه المنوره – الطبعه الثانیه سنه ۱۳۸۸ش/ ۱۹۶۸م.

۳۲. الغدیر، الأمینی، عبد الحسین أحمد، الناشر: دار الکتاب العربی، بیروت ۱۳۷۹ش.

۳۳. فتح الباری بشرح صحیح البخاری، ابن حجرالعسقلانی، أحمد بن علی، طبع المکتبه السلفیّه.

۳۴. الکافی، الکلینی، محمّد یعقوب، الناشر: دار الکتب الإسلامیّه، مرتضی آخوندی، طهران – إیران.

۳۵. مسند أحمد، ابن حنبل، أحمد، الناشر: المکتب الإسلامی، بیروت، الطبعه الثانیه ۱۳۹۸ش/ ۱۹۷۸م.



۳۶. الموطأ، مالک، عبد الله مالک بن أنس، الناشر: دار المعرفه بیروت ۱۳۹۸ش/ ۱۹۷۸م.

۳۷. نصب الرایه لأحادیث الهدایه، الزیعلی، عبد الله، من مطبوعات المجلس العلمی بالهند، الطبعه الثانیه ۱۳۹۳ش المکتب الإسلامی، بیروت.

۳۸. النهایه فی غریب الحدیث والأثر، ابن الأثیر، مبارک بن محمّد، الطبعه الرابعه، تحقیق: طاهر أحمد الزاوی – محود محمّد الطناحی، الناشر: إسماعیلیان، قم.

۳۹. نیل الاوطار الناشر، الشوکانی، محمّد بن علی، مصطفی الحلبی وأولاده بمصر.

۴۰. وسائل الشیعه، الحر العاملی، محمّد بن الحسن، الطبعه الثانیه، ۱۴۱۴ق تحقیق مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث.

ثالثاً: الفقه وعلومه

۴۱. أحکام النساء، المفید، محمّد بن محمّد، تحقیق: الشیخ مهدی نجف، الناشر: المؤتمر العالمی لألفیّه الشیخ المفید، مطبعه مهر.

۴۲. إرشاد الأذهان إلی أحکام الإیمان، العلّامه الحلّی، الحسن بن یوسف، الطبعه الأولی ۱۴۱۰ق، تحقیق: الشیخ فارس الحسون، الناشر: جماعه المدرّسین، قم المقدّسه.

۴۳. إرشاد الطالب إلی التعلیق علی المکاسب، التبریزی، جواد بن علی، الطبعه الثالثه، الناشر: مؤسسه إسماعیلیان ۱۴۱۶ق.

۴۴. الإشراف علی مذاهب العلماء، ابن المنذر، محمّد بن المنذر النیسابوری، الناشر– دار طیبه، الریاض، الطبعه الأولی.

۴۵. الاقتصاد الهادی إلی طریق الرشاد، الطوسی، محمّد بن الحسن، تحقیق: الشیخ حسن سعید، الناشر: مکتبه جهلستون ۱۴۰۰ق، مطبعه خیام، قم.

۴۶. الأمّ الشافعی، عبد الله محمّد، ، الطبعه الأولی ۱۴۰۰ق/ ۱۹۸۰ م، المطبعه دار الفکر بیروت.

۴۷. الانتصار، المرتضی، علی بن الحسین، تحقیق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرفه، الطبعه الأولی ۱۴۱۵ق.

۴۸. الإنصاف، فی معرفه الراجح من الخلاف علی مذهب أحمد بن حنبل،المرداوی، علی بن سلیمان، دار إحیاء التراث العربی – بیروت ۱۴۰۰ق/ ۱۹۸۰م.

۴۹. إیضاح الفوائد فی شرح إشکلات القواعد، الحلّی، محمّد بن حسن، الطبعه الأولی ۱۳۸۹ش الناشر: طبع بأمر السیّد محمود الشاهرودی.



۵۰. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين ابراهيم، الناشر: دار المعرفه - بيروت - طبعه ثانيه مُعادةٌ بالأوفست.

۵۱. بحوث استدلاليه فى فقه الأحوال الشخصيه كتاب النكاح، لمؤيد، حسين، الناشر: دار التفسير، الطبعه الأولى ۱۴۲۳ق/ ۲۰۰۲م.

۵۲. بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، ابن رشيد الحفيد، محمّد بن أحمد، دار الفكر بيروت.

۵۳. بدائع الصنائع، الكاسانى، علاء الدين أبى بكربن مسعود، الناشر: زكريا على يوسف.

۵۴. بلغه الفقيه، بحر العلوم، محمّد، الناشر: مكتبه الصادق، طهران، الطبعه الرابعه ۱۴۰۳ق/ ۱۹۸۴م.

۵۵. تبيين الحقائق، الزيعلى، عثمان بن على، الناشر دار المعرفه، بيروت، الطبعه الثانيه ۱۳۱۳ش.

۵۶. تحرير الأحكام، العلّامه الحلى، حسن بن يوسف، الطبعه الحجريه، مطبعه طوس مشهد المقدّسه.

۵۷. تحرير المجله، كاشف الغطاء، محمّد حسين، الطبعه الأولى ۱۳۵۹ش، الناشر: المكتبه الرضويه، النجف - العراق.

۵۸. تحفه الفقهاء، السمرقندى، علاء الدين، الطبعه الثانيه ۱۴۱۴ق، المطبعه دار الكتب العلميّه، بيروت.

۵۹. تذكره الفقهاء (ط - ق)، العلامه الحلى، حسن بن يوسف، الناشر: مكتبه الرضويه لإحياء الآثار الجعفريه المؤسس الشيخ عبد الكريم التبريزى.

۶۰. تكمله المجموعه الثانيه، المطيعى، محمّد نجيب، الناشر: المكتبه السلفيه بالمدينه المنوره.

۶۱. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، الفاضل المقداد، جمال الدين، تحقيق: عبد اللطيف حسين كوهكمرى، الناشر: مكتبه السيّد المرعشى، قم المقدّسه ۱۴۰۴ق.

۶۲. تهذيب الأحكام، الطوسى، محمّد بن الحسن، الناشر: دار الكتب الإسلاميّه، طهران - إيران.

۶۳. تهذيب التهذيب، العسقلانى، أحمد بن على، الطبعه الأولى ۱۴۰۴ق، النشر: دارالفكر بيروت.

۶۴. جامع المدارك فى شرح المختصر النافع، الخونسارى، أحمد، تحقيق: على أكبر غفارى، الناشر: مكتبه الصدوق، طهران، الطبعه الثانيه.

۶۵. جامع المقاصد فى شرح القواعد، لكركى، على بن الحسين، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعه الأولى ۱۴۰۸ق، المطبعه المهديه - قم المقدسه.

۶۶. جواهر الكلام، النجفى، محمّد حسن، تحقيق عباس القوجانى، الناشر: دار الكتب الإسلاميّه - آخوندى، مطبعه خورشيد،

الطبعه الثالثه.

ص:۲۷۳

۶۷. حاشیه البنانی علی الزرقانی المسمَّاه، البنانی، محمّد، (بالفتح الربانی فیما ذهل عنه الزرقانی) دار الفکر، بیروت.

۶۸. حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، الدسوقی، محمّد بن أحمد، الناشر: دار الفکر، بیروت.

۶۹. حاشیه المکاسب، الأصفهانی الکمبانی، محمّد حسین، تحقیق عباس محمّد آل سباع القطیفی، الطبعه الأولی ۱۴۱۸ق.

۷۰. حاشیه المکاسب، الخراسانی، محمّد کاظم حسین، تحقیق: السیّد مهدی شمس الدین، الناشر: وزاره الإرشاد الإسلامی، الطبعه الأولی ۱۴۰۶ق.

۷۱. حاشیه المکاسب، الیزدی، السیّد محمّد کاظم، الناشر: مؤسسه اسماعیلیان ۱۴۱۸ق.

۷۲. الحدائق الناظره، البحرانی، یوسف، تحقیق: محمّد تقی الأیروانی، الناشر: جماعه المدرسین، قم المشرفه - إیران.

۷۳. الخرشی علی مختصر الخلیل، الخرشی، محمّد بن عبد لله، الناشر: دار الفکر بیروت.

۷۴. الخلاف، تحقیق سید علی الخراسانی، الطوسی، محمّد بن الحسن، سید جواد الشهرستانی، الشیخ محمّد مهدی نجف، الطبعه الأولی ۱۴۱۷ق، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامی، قم المقدّسه.

۷۵. الدرّ المختار، الحصفکی، علاء الدین، الناشر دار الفکر ۱۴۱۵ق، بیروت - لبنان.

۷۶. دلیل تحریر الوسیله، السیفی المازندرانی، علی أکبر، الناشر: مؤسسه تنظیم ونشر آثار الإمام الخمینی، قم - إیران.

۷۷. رسائل آل طوق، آل طوق، أحمد بن صالح، الطبعه الأولی ۱۴۲۲ق، الناشر: دار المصطفی لإحیاء التراث.

۷۸. الروضه البهیه (شرح اللمعه)، الشهید الثانی، زین الدین، الطبعه الأولی ۱۴۱۰ق، الناشر: داوری، المطبعه أمیر - قم.

۷۹. روضه الطالبین، النووی، أبو زکریا یحیی بن شرف، طبع ونشر المکتب الإسلامی للطباعه والنشر.

۸۰. ریاض المسائل فی بیان الأحکام بالدلائل، الطباطبائی، علی، الطبعه الحجریه، الناشر: مؤسسه آل البیت، قم - إیران.

۸۱. السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ابن ادریس، محمّد بن منصور، الناشر والمطبعه: جماعه المدرسین، قم المقدّسه، الطبعه الثانیه ۱۴۱۰ق.

۸۲. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام، المحقّق الحلّی، جعفر بن حسن، المعلّق: السیّد صادق الشیرازی، الطبعه الثانیه، الناشر: انتشارات استقلال طهران ناصر خسرو، المطبعه أمیر، قم.

۸۳. الشرح الکبیر، الدردیر، أبو البرکات سیدی، الناشر: دار إحیاء الکتب العربیّه، بیروت.

۸۴. العدّه فی اصول الفقه، الطوسی، محمّد بن الحسن، الطبعه الأولی ۱۴۱۷ق، تحقیق: محمّد رضا انصاری قمی، الناشر: مطبعه ستاره، قم – إیران.

۸۵. العروه الوثقی، الحکیم، محسن، مستمسک الناشر مکتبه السیّد المرعشی ۱۴۰۴ق.

۸۶. العروه الوثقی، الیزدی، محمّد کاظم، الناشر: مؤسسه الأعلمی، بیروت، الطبعه الثانیه ۱۴۰۹ق.

۸۷. عوائد الأیام، النراقی، أحمد، الناشر: مکتبه بصیرتی، قم، الطبعه الثالثه ۱۴۰۸ق، مطبعه غدیر، قم.

۸۸. غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، الشهید الأوّل، محمّد بن مکی، الطبعه الأولی۱۴۱۴ق تحقیق: رضا مختاری، الناشر: دفتر تبلیغات الإسلامی التابع للحوزه العلمیّه فی قم المقدّسه.

۸۹. غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام، راشد الصیمری، مفلح بن حسن، الطبعه الأولی ۱۴۲۰ق، الناشر: دار الهادی بیروت لبنان.

۹۰. فتح القدیر، ابن الهمّام، محمّد بن عبد الواحد، مکتبه ومطبعه مصطفی البابی الحلبی بمصر الطبعه الأولی سنه ۱۳۸۹ش/ ۱۹۷۰م.

۹۱. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الأنصاری، زکریا، الطبعه الأولی ۱۴۱۸ق تحقیق: دار الکتب العلمیه، بیروت – لبنان.

۹۲. فقه الإمامیّه، قم الخیارات، الگیلانی، میرزا حبیب الله بن محمد عل، الناشر: الداوری، إیران، قم المقدّسه، ۱۴۰۷ق.

۹۳. فقه الصادق، الروحانی، محمّد صادق، الطبعه الثالثه ۱۴۱۲ق، المطبعه العلمیّه، الناشر: مؤسسه دار الکتاب، قم.

۹۴. الفقه علی المذاهب الأربعه، الجزیری، عبد الرحمن، دار إحیاء التراث العربی، بیروت.

۹۵. الفقه علی المذاهب الإسلامیّه ومذهب أهل البیت علیهم السلام ، الجزیری، عبد الرحمن؛ الغروی، محمّد؛ المازح، یاسر، الطبعه الأولی ۱۴۱۹ق، الناشر: دار الثقلین، بیروت – لبنان.

۹۶. فی فقه الإمامیّه، الشهید الأوّل، محمّد بن مکی، الدروس تحقیق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامی - التابعه لجماعه المدرسین - قم، الطبعه الأولی ۱۴۱۲ق.

۹۷. قواعد الأحکام فی معرفه الحلال والحرام، العلامه الحلی، حسن بن یوسف، تحقیق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین ۱۴۱۳ق، قم المقدّسه.

۹۸. القواعد الفقهیّه، البجنوردی، محمّد حسین، تحقیق: مهدی المهریزی، محمّد حسین الدرایتی، الطبعه الأولی ۱۴۱۹ق الناشر: نشر الهادی، قم المقدسه.

۹۹. القواعد والفوائد فی الفقه والأصول والعربیه، الشهید الأوّل، محمّد بن مکی، تحقیق الدکتور السیّد عبد الهادی الحکیم، الناشر: مکتبه المفید، قم - ایران.

۱۰۰. قوانین الأحکام الشرعیّه، ابن جزی، محمّد بن أحمد، دار العلم للملایین، بیروت ۱۹۷۹م.

۱۰۱. الکافی فی الفقه، أبو الصلاح الحلبی، تقی الدین بن نجم، تحقیق: رضا استادی، الناشر: مکتبه أمیر المؤمنین علیه السلام ، أصفهان ۱۴۰۳ق.

۱۰۲. الکافی فی فقه أهل المدینه المالکی، ابن عبد البر، یوسف بن عبد الله، الناشر: مطبعه حسان القاهره ۱۳۹۹ش/ ۱۹۷۹م.

۱۰۳. کتاب البیع، الحسینی الشیرازی، محمّد، الناشر: معهد التعالیم الإسلامیّه، الطبعه الأولی ۱۴۱۴ق.

۱۰۴. کتاب النکاح، الأنصاری، مرتضی محمّد أمین، تحقیق: لجنه تحقق تراث الشیخ الأنصاری، الطبعه الأولی ۱۴۱۵ق، المطبعه باقری، قم.

۱۰۵. کشف الرموز فی شرح المختصر النافع، الفاضل الآبی، زین الدین أبی علی الحسن بن أبی طالب، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرّفه، الطبعه الأولی ۱۴۱۰ق.

۱۰۶. کشف القناع عن متن الإقناع، البهوتی، منصور بن یونس، الناشر: مکتبه النصر الحدیثه بالریاض.

۱۰۷. کشف اللثام، الفاضل الهندی، بهاء الدین محمّد بن الحسن، الناشر: مکتبه آیه الله العظمی المرعشی النجفی عام ۱۴۰۵ق، قم المقدّسه.

۱۰۸. کفایه الأحکام، السبزواری، محمّد باقر، الطبعه الحجریه، الناشر: مدرسه صدر مهدوی - أصفهان، مطبعه مهر - قم.

۱۰۹. ماوراء الفقه، الصدر، محمّد محمّد صادق، تحقیق: جعفر هادی الدجیلی، الناشر: دار الأضواء للطباعه والنشر ۱۴۲۰ق.

۱۱۰. المبدع فی شرح المقنع، ابن مفلح، إبراهیم، الناشر: المکتب الإسلامی ۱۳۹۷ش/ ۱۹۷۷م.

۱۱۱. المبسوط فی فقه الإمامیّه، الطوسی، محمّد بن الحسن، تحقیق: محمّد تقی الکشفی، الناشر: المکتبه الرضویه، المطبعه الحیدریه – طهران.

۱۱۲. المبسوط، السرخسی، أبو بکر محمّد بن أحمد، دار المعرفه بیروت، طبعه ثالثه مُعادهٌ بالأوفست ۱۳۹۸ش/ ۱۹۷۸م.

۱۱۳. مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان، المقدّس الأردبیلی، أحمد بن محمّد، الناشر: جماعه المدرسین ۱۴۰۳ق.

۱۱۴. المحلّی، ابن حزم، علی بن أحمد، دار الفکر بیروت.

۱۱۵. مختصر المُزنی، المُزنی، إسماعیل بن یحیی، الناشر دار المعرفه، بیروت.

۱۱۶. المختصر النافع فی فقه الإمامیّه، المحقّق الحلی، نجم الدین جعفر، الناشر: مؤسسه البعثه – طهران ۱۴۱۰ق، طبعه دار التقریب، القاهره.

۱۱۷. مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، العلامه الحلی، حسن بن یوسف، الناشر: موسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین؛ بقم المشرفه، الطبعه الثانیه، ۱۴۱۳ق .

۱۱۸. مدارک العروه، الاشتهاردی، علی بناه، الطبعه الأولی ۱۴۱۷ق، الناشر: دار الأسوه للطباعه والنشر، طهران – إیران.

۱۱۹. المدونه الکبری، مالک بن أنس، دار الفکر بیروت سنه ۱۳۹۸ش، ۱۹۷۸م.

۱۲۰. المراسم العلویه فی الأحکام النبویه، سلّار، عبد العزیز، تحقیق: السیّد محسن الحسینی الأمینی، الناشر: المعاونیه الثقافیه للمجمع العالمی لأهل البیت علیهم السلام ۱۴۱۴ق، المطبعه أمیر – قم.

۱۲۱. مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الإسلام، الشهید الثانی، زین الدین، تحقیق ونشر: مؤسسه المعارف الإسلامیّه، الطبعه الأولی ۱۴۱۳ق، المطبعه بهمن، قم.

۱۲۲. مسائل الناصریات، المرتضی، علی بن الحسین، الناشر: رابطه الثقافه والعلاقات الإسلامیّه، طهران، المطبعه مؤسسه الهدی.

۱۲۳. مستند الشیعه فی أحکام الشریعه، النراقی، أحمد، تحقیق ونشر: مؤسسه آل البیت علیهم السلام لإحیاء التراث مشهد، الطبعه الأولی ۱۴۱۵ق، المطبعه ستاره قم.

۱۲۴. مصباح الفقاهه، التوحیدی التبریزی، المیرزا محمّد علی، من تقریرات أبو القاسم الخوئی، الناشر: الوجدانی، الطبعه الثالثه، مطبعه الغدیر.

۱۲۵. مطارح الأنظار، الأنصاری، مرتضی محمّد أمین، الناشر: مؤسسه آل البیت علیهم السلام ، قم – إیران.

۱۲۶. مغنی المحتاج، الخطیب الشربینی، محمّد بن أحمد، دار إحیاء التراث العربی، بیروت.

۱۲۷. المغنی علی مختصر الخرقی، ابن قدامه المقدسی، عبد الله بن أحمد، الناشر: مکتبه المؤید عن طبعه المنار الأولی سنه ۱۳۴۸ش.

۱۲۸. مفاتیح الشرائع، الفیض الکاشانی، محمّد محسن، الناشر: مکتبه السیّد المرعشی قم المقدّسه.

۱۲۹. مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، العاملی، جواد بن محمّد، تحقیق: الشیخ محمّد باقر الخالصی، الطبعه الأولی ۱۴۱۹ق، مطبعه ونشر: مؤسسه النشر الإسلامی – التابعه لجماعه المدرسین – بقم المشرّفه.

۱۳۰. المقنعه، المفید، محمّد بن محمّد، تحقیق ونشر: جماعه المدرسین، قم المقدّسه، الطبعه الثانیه ۱۴۱۰ق.

۱۳۱. المکاسب المحرمه، الأنصاری، مرتضی، تحقیق: لجنه تحقق تراث الشیخ الأنصاری، الطبعه الأولی، المطبعه باقری، قم.

۱۳۲. المکاسب والبیع، الآملی، محمّد تقی، تقریر أبحاث المیرزا النائینی، نشر: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرّفه.

۱۳۳. المناهل، الطبعه الأولی، الطباطبائی، محمّد مجاهد، الناشر: مؤسسه آل البیت علیهم السلام .

۱۳۴. منیه الطالب فی شرح المکاسب، الخونساری، موسی بن محمّد، تقریر أبحاث المیرزا محمّد حسین النائینی، تحقیق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین بقم المشرّفه، الطبعه الأولی ۱۴۱۸ق.

۱۳۵. مهذب الأحکام، السبزواری، عبد الأعلی، تحقیق: مؤسسه المنار، الطبعه الرابعه، الناشر: مکتب آیه الله السبزواری، قم – ایران.

۱۳۶. المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ابن فهد الحلّی، جمال الدین، تحقیق مجتبی العراقی، الناشر والمطبعه: جماعه المدرسین، قم ۱۴۰۷ق.

۱۳۷. المهذب، ابن البراج، عبد العزیز، تحقیق: باشراف الشیخ السبحانی، الناشر: جماعه المدرسین، قم ۱۴۰۶ق.

۱۳۸. مواهب الجليل لشرح مختصر، الحطاب الرعينى، محمّد بن محمّد، الناشر: دار الفكر، الطبعه الثانيه ۱۳۹۸ش/ ۱۹۷۸م.

۱۳۹. موسوعه الإمام الخوئى، الخوئى، أبو القاسم، الطبعه الثانيه، الناشر: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئى ۱۴۲۶ق/ ۲۰۰۵م.

۱۴۰. موسوعه الفقه، الحسينى الشيرازى، محمّد، الناشر: دار العلوم، الطبعه الثانيه ۱۴۰۹ق/ ۱۹۸۸م.

۱۴۱. نهايه المرام، العاملى، محمّد، الناشر والمطبعه: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم، الطبعه الأولى ۱۴۱۳ق.

۱۴۲. نهج الفقاهه، الحكيم، محسن، الناشر: انتشارات ۲۲ بهمن، قم.

۱۴۳. النور الساطع فى الفقه النافع، كاشف الغطاء على، مطبعه الآداب ۱۳۸۱ش/ ۱۹۶۱م، النجف الأشرف.

۱۴۴. الهدايه فى الفروع والأصول، الصدوق، محمّد بن على، تحقيق ونشر: مؤسسه الإمام الهادى عليه السلام ، الطبعه الأولى ۱۴۱۸ق، مطبعه اعتماد، قم.

۱۴۵. هدى الطالب فى شرح المكاسب، مروج الجزائرى، محمّد جعفر، الناشر: مؤسسه دار الكتاب للجزائرى، قم - ايران.

۱۴۶. الوسيله إلى نيل الفضيله، ابن حمزه، محمّد بن على، تحقيق: الشيخ محمّد الحسون، الناشر: مكتبه السيّد المرعشى، الطبعه الأولى ۱۴۰۸ ق مطبعه، خيام - قم.

رابعاً: كتب التراجم والرجال

۱۴۷. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين، الزركلى، خير الدين، الطبعه الثالثه ۱۳۸۹ش/ ۱۹۶۹م.

۱۴۸. رجال الطوسى، الطوسى، محمّد بن الحسن، تحقيق الشيخ جواد القيومى، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه ۱۴۱۵ق.

۱۴۹. رجال النجاشى، النجاشى، أحمد بن على، تحقيق: السيّد موسى الشبيرى الزنجانى، الطبعه الخامسه ۱۴۱۶ق، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين قم المشرفه.

۱۵۰. الرجال لابن الغضائرى، أحمد بن الحسين الواسطى البغدادى، تحقيق: السيد محمدرضا الحسينى الجلالى.

۱۵۱. الفهرست، الطبعه الأولى، الطوسى، محمّد بن الحسن، تحقيق ونشر: مؤسسه نشر الفقاهه، الشيخ جواد القيومى، المطبعه مؤسسه النشر الإسلامى.

۱۵۲. معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربيه، كحاله، عمر رضا، الناشر: مكتبه المثنى بيروت، ودار إحياء التراث العربى بيروت.

۱۵۳. نقد الرجال، التفرشى، مصطفى بن حسين، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعه الأولى ۱۴۱۸ق، المطبعه ستاره – قم.

خامساً: كتب اللغه

۱۵۴. تاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدى، محمّد مرتضى، من منشورات دار كتب الحياه بيروت صوره عن الطبعه الأولى بالمطبعه الخيريه بمصر ۱۳۰۶ش.

۱۵۵. الصحاح، الجوهرى، إسماعيل بن حماد، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعه الثانيه ۱۳۹۹ش/ ۱۹۷۹م.

۱۵۶. القاموس المحيط، الفيروزآبادى، محمّد بن يعقوب، مطبعه مصطفى البابى الحلبى بمصر ۱۳۷۱ش.

۱۵۷. لسان العرب، ابن منظور، محمّد بن مكرم، الطبعه الأولى ۱۴۰۵ق المطبعه دار إحياء التراث العربى الناشر: نشر أدب حوزه.

۱۵۸. المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى، الفيومى، أحمد بن على، الناشر: المكتبه العلميّه، بيروت.

۱۵۹. المفردات فى غريب القرآن، الراغب الأصفهانى، أبو القاسم حسين بن أحمد، الطبعه الأولى ۱۴۰۴ق، الناشر: دفتر نشر الكتاب.

۱۶۰. مقاييس اللغه، ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمّد هارون – دار الكتب العلميه، ايران.

ص:۲۸۰

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوترية فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراكز القائمة بتوفير المصادر فی العلوم الإسلامية وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوترية فی أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثین فی العلوم الإسلامية وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الكترونية من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهی منظمة فی برامج إلكترونية وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فيها.

وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدة على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوی تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفيز الناس خصوصا الشباب على دراسة أدقّ فی المسائل الدينية

تنزيل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمية والجامعات

توسیع عام لفكرة المطالعة

تهمید الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتكرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات

من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الکتب والملزمات والدوریات

إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب

إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة

إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة

افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها

تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ((sms

إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس

إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین

إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ٨ أنظمة؛

١.JAVA

٢.ANDROID

٣.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

٧.CHM

٨.GHB

إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة

١.ANDROID

٢.IOS

٣.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مركز
القائمية
اصبهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹